

Instituto Universitário Europeu  
Departamento de Direito

António Goucha Soares

## **A Preempção no Direito Comunitário**

Aplicação da doutrina da preempção desenvolvida pela *United States Supreme Court* à repartição de competências no ordenamento comunitário

Tese submetida à apreciação do júri para obtenção do grau de Doutor  
em Direito pelo Instituto Universitário Europeu

Florença - 1996

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE



3 0001 0026 6594 3







140550

Instituto Universitário Europeu  
Departamento de Direito

António Goucha Soares

## **A Preempção no Direito Comunitário**

Aplicação da doutrina da preempção desenvolvida pela *United States Supreme Court* à repartição de competências no ordenamento comunitário

Tese submetida à apreciação do júri para obtenção do grau de Doutor  
em Direito pelo Instituto Universitário Europeu

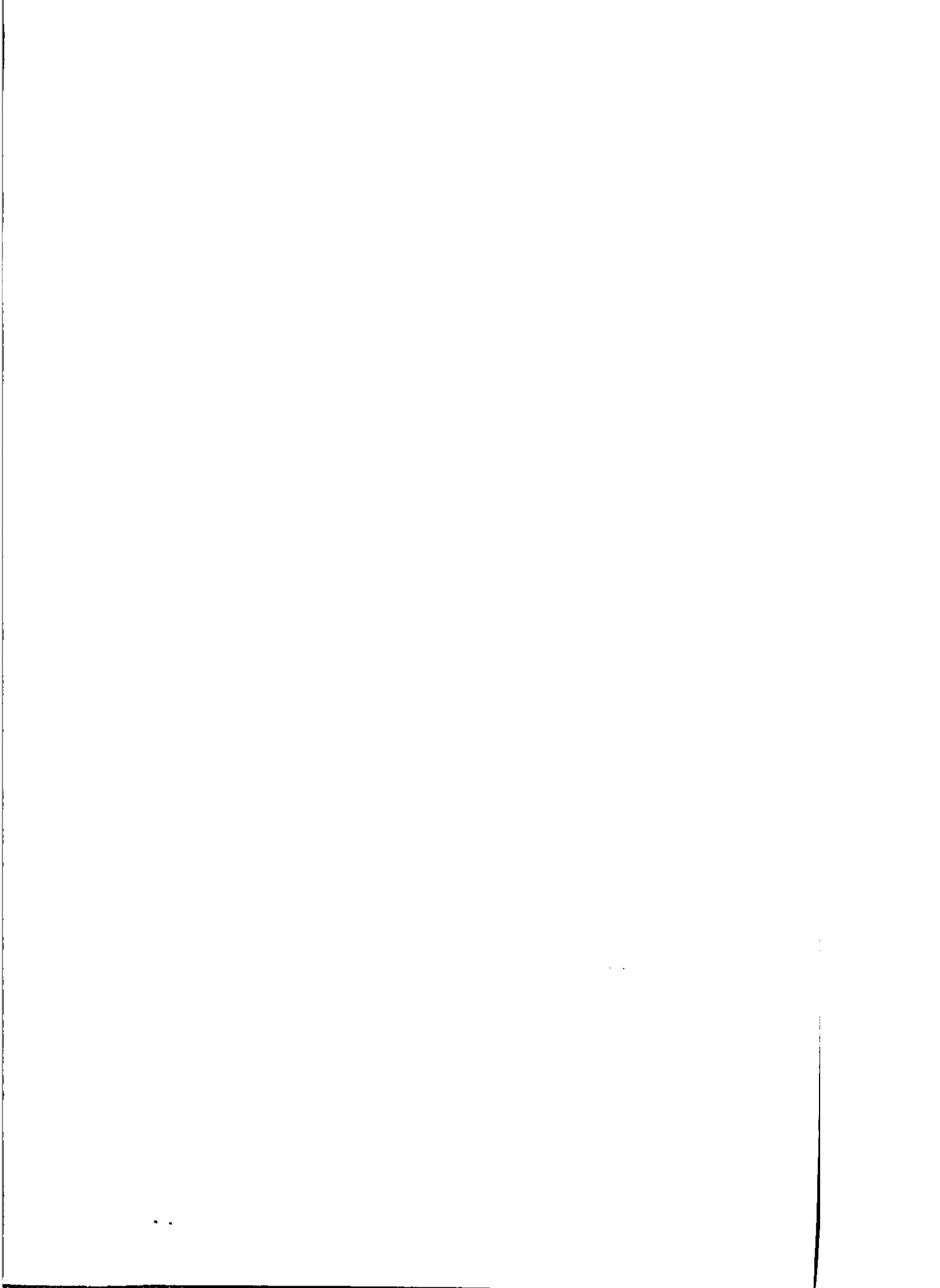
Membros do júri:

Prof. Ignacio BORRAJO INIESTA  
Prof. Luis Maria DíEZ-PICAZO (orientador)  
Prof. Maria Eduarda GONÇALVES  
Prof. Federico MANCINI  
Prof. Armando MARQUES GUEDES

LAW  
ECcj9  
SOA

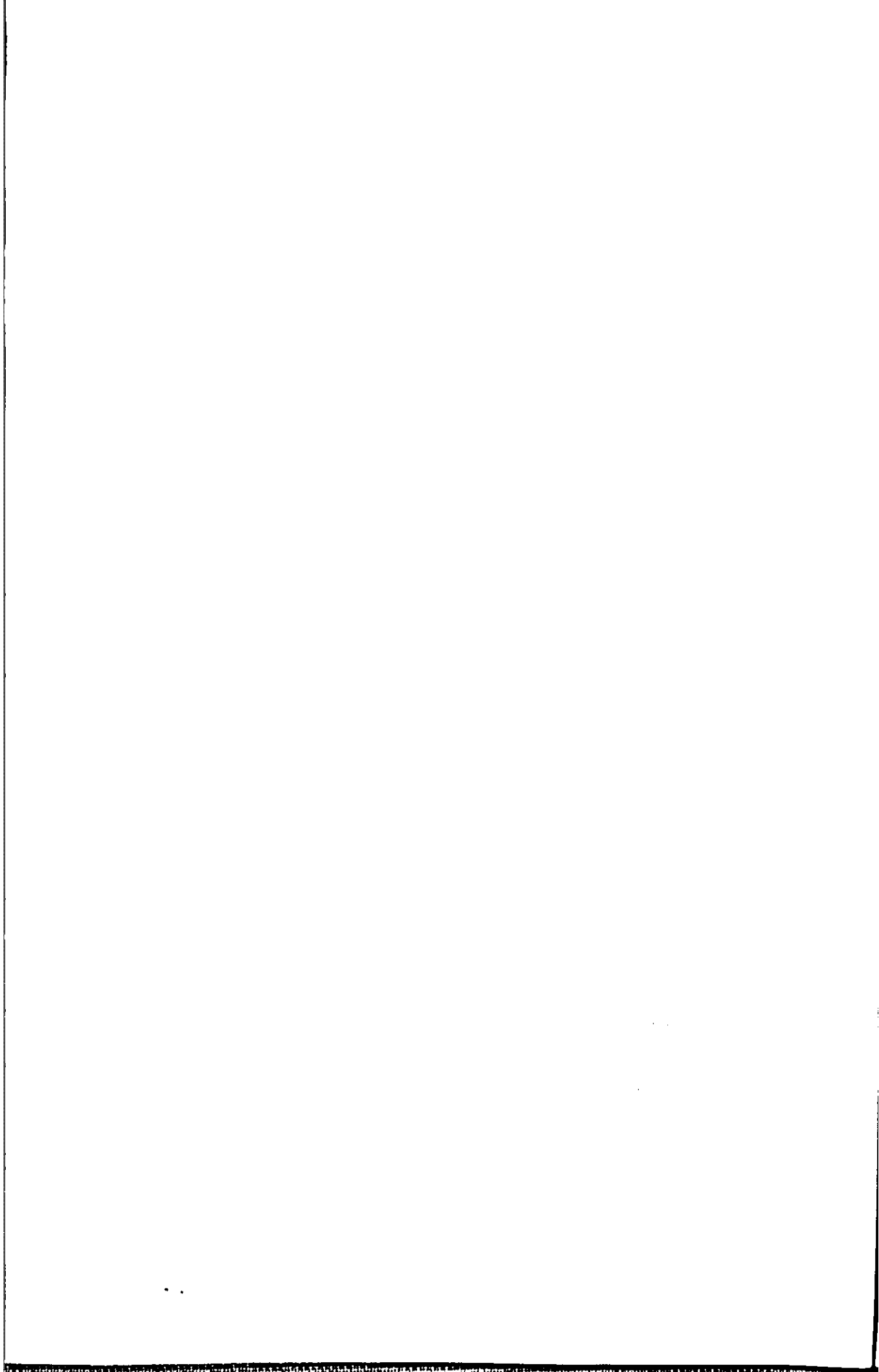


Florença - 1996



## SUMÁRIO

Quadro de matérias .....	i
Agradecimentos .....	vii
 Introdução .....	 1
 PARTE I: A preempção no direito norte-americano .....	 17
 PARTE II: Repartição de competências e preempção no ordenamento comunitário	
Capítulo I: A repartição de competências entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros .....	135
Capítulo II: A preempção no direito comunitário.....	232
 PARTE III: A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à preempção das competências nacionais	
Capítulo I: A reserva de competências nacionais do artigo 36º do Tratado .....	281
Capítulo II: A política comum de pescas .....	315
Capítulo III: As organizações comuns de mercado relativas à política agrícola comum .....	335
Capítulo IV: As relações externas da Comunidade Europeia .....	371
 Conclusões .....	415
Bibliografia.....	433



## QUADRO DE MATÉRIAS

Introdução.....	1
-----------------	---

### PARTE I

#### A preempção no direito norte-americano

1. - A divisão de competências entre o poder federal e os Estados no sistema norte-americano.....	17
1.1 as teorias do federalismo.....	21
1.1.1. <i>competitive federalism</i> .....	21
1.1.2. <i>cooperative federalism</i> .....	26
1.2. a jurisprudência recente da <i>U.S. Supreme Court</i> .....	30
1.2.1. <i>National League of Cities</i> .....	32
1.2.2. <i>Garcia v. San Antonio</i> .....	34
2. A doutrina da preempção no direito federal norte-americano.....	42
2.1. modalidades.....	43
2.2. tendências.....	49
2.3. <i>interfield conflicts</i> .....	53
2.4. a crítica do <i>New Federalism</i> .....	55
3. A preempção no âmbito do Direito Administrativo.....	60
3.1. as agências administrativas e a emergência do Direito Administrativo americano.....	60
3.1.1. poder regulatório das agências administrativas.....	62
3.2. a chamada <i>administrative preemption</i> .....	66
3.2.1. instituições competentes.....	68
3.2.2. delegação da competência preemptiva.....	71
3.2.3. a questão da legitimidade.....	73
3.2.4. plano da <i>deregulation</i> .....	76
3.3. o exemplo da actividade bancária.....	79
4. O domínio da responsabilidade civil.....	86
4.1. <i>state regulation</i> e <i>state common law</i> .....	86
4.2. a questão do <i>AIRBAG</i> .....	90
4.3. <i>federal occupation of the field</i> do regime da responsabilidade civil estadual.....	96
4.3.1. consequências.....	100
5. Um caso de funcionamento de uma <i>express preemption clause</i> : <i>ERISA</i> .....	102
5.1. cláusula preemptiva.....	103
5.2. a jurisprudência da <i>U.S. Supreme Court</i> .....	105

6. Aspectos relativos à implementação judicial da preempção.....	108
6.1. a determinação do foro judicial competente e a complete preemption doctrine.....	108
6.2. o mecanismo dos declaratory judgements.....	112
7. Conclusões.....	117
7.1. observações gerais .....	117
7.2. conclusões .....	125

## PARTE II

### Repartição de competências e preempção no ordenamento comunitário

#### Capítulo I

##### A repartição de competências entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros

1. A importância do tema "competências".....	135
2. As competências da Comunidade Europeia.....	139
2.1. terminologia utilizada.....	142
2.2. repartição vertical de competências.....	144
3. Natureza jurídica das competências da Comunidade Europeia.....	147
3.1. competências exclusivas e competências concorrentes.....	148
3.2. a metamorfose das competências concorrentes.....	153
4. A constitucionalização do Tratado de Roma.....	157
4.1. os alicerces da constitucionalização.....	157
4.2. a erosão do princípio das competências de atribuição.....	161
4.2.1. a jurisprudência do Tribunal de Justiça .....	162
a) as competências implícitas .....	162
b) extensão .....	164
c) absorção .....	166
d) preempção .....	167
4.2.2. o artigo 235º e a expansão das competências comunitárias .....	169
4.3. o chamado 'paradoxo de Weiler'.....	174
5. Os métodos de interpretação do Tribunal de Justiça.....	179
5.1. o método finalista de interpretação.....	179

5.2. o critério dinâmico de interpretação.....	183
5.3. a polissemia da dinâmica comunitária.....	185
<b>6. A dinâmica de integração.....</b>	<b>189</b>
6.1. a centralização das competências comunitárias.....	190
6.2. o Acto Único Europeu.....	193
6.2.1. atribuição de competências à Comunidade.....	194
6.2.2. o voto por maioria qualificada.....	199
<b>7. Dinâmica de integração e ruptura do equilíbrio fundacional.....</b>	<b>201</b>
7.1. o princípio da subsidiariedade.....	205
7.1.1. origens.....	205
7.1.2. alcance da sua consagração.....	208
7.2. subsidiariedade versus centralização de competências.....	211
7.3. atribuição de novas competências pelo Tratado da União.....	214
<b>8. O retorno às competências de atribuição.....</b>	<b>220</b>
8.1. as condicionantes externas do processo de integração.....	222
8.1.1. o acórdão do Tribunal Constitucional da R.F.A. relativo ao Tratado da União Europeia.....	224
8.2. a jurisprudência do Tribunal de Justiça.....	226

## **Capítulo II**

### **A preempção no direito comunitário**

<b>1. O conceito de preempção.....</b>	<b>232</b>
1.1. modalidades.....	233
<b>2. Aplicação formal no direito comunitário.....</b>	<b>236</b>
2.1. jurisprudência do Tribunal de Justiça.....	238
2.2. tratamento doutrinal.....	240
<b>3. Aplicação material no direito comunitário.....</b>	<b>248</b>
3.1. âmbito de aplicação.....	248
3.2. a metamorfose das competências concorrentes.....	251
<b>4. O interesse da doutrina da preempção.....</b>	<b>255</b>
4.1. conflitos de normas e conflitos de competências.....	255
4.2. axiologia da doutrina da preempção.....	260
4.2.1. ocupação do terreno normativo.....	261
4.2.2. conflito indirecto.....	263
4.2.3. conflito directo.....	265
<b>5. A preempção e o princípio da subsidiariedade.....</b>	<b>267</b>
5.1. ocupação do terreno normativo e o princípio da subsidiariedade.....	269
5.2. conflito indirecto e o princípio da subsidiariedade.....	270
5.3. conflito directo e o princípio da subsidiariedade.....	272
5.3.1. concorrência entre ordens jurídicas.....	273
5.3.2. o paradigma da compatibilidade.....	276

### **PARTE III**

## **A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à preempção das competências nacionais**

### **Capítulo I**

<b>A reserva de competências nacionais do artigo 36º do Tratado .....</b>	<b>281</b>
<b>I. Características.....</b>	<b>282</b>
<b>1. A precariedade das competências nacionais.....</b>	<b>284</b>
1.1. a harmonização de legislações como elemento preclusor das competências previstas no artigo 36º.....	286
1.2. o regime previsto pelo artigo 100º-A nº4.....	289
<b>2. O exemplo dos processos paralelos 28/84 e 195/84:     invocação intempestiva da ideia de     subsidiariedade.....</b>	<b>292</b>
<b>3. Crítica.....</b>	<b>297</b>
<b>4. Alternativa proposta.....</b>	<b>298</b>
 <b>II - A jurisprudência Keck et Mithouard:     rumo a uma nova orientação?.....</b>	 <b>302</b>
<b>1. Alcance da noção de medidas de efeito equivalente.....</b>	<b>302</b>
<b>2. O caso Keck et Mithouard.....</b>	<b>307</b>
<b>3. Apreciação.....</b>	<b>310</b>
3.1. a delimitação de competências.....	311



## **Capítulo II**

<b>A política comum de pescas .....</b>	<b>315</b>
1. Base jurídica.....	315
2. As primeiras decisões judiciais sobre a matéria.....	316
3. Divisão de competências entre a CE e os Estados- membros.....	320
3.1. competências retidas pelos Estados-membros.....	323
4. Medidas de conservação.....	324
5. Medidas nacionais suplementares.....	326
6. Aplicabilidade da doutrina da preempção.....	330

## **Capítulo III**

<b>As organizações comuns de mercado relativas à política agrícola comum. ....</b>	<b>335</b>
--	------------

<b>I- A fase constitutiva da jurisprudência relativa às o.c.m.....</b>	<b>338</b>
--	------------

1. A exclusão das competências nacionais.....	338
1.1. o regulamento.....	338
1.2. o carácter completo da regulamentação comunitária.....	341
1.3. as medidas suplementares.....	344
2.A admissibilidade de disposições normativas nacionais.....	346
2.1. o conflito directo de normas.....	346
2.2. obstáculo aos objectivos das organizações de mercado.....	348

### **II- A estabilização do entendimento jurisprudencial**

1. As regulamentações exaustivas.....	353
1.1. o enunciado das categorias preemptivas pela jurisprudência.....	354
2. O concurso de disposições regulatórias.....	357
2.1. o conflito de normas.....	361
3. <i>Tertium genus</i> ou nova direcção?.....	363
3.1. o entendimento formalista.....	366
4. Apreciação.....	367

## Capítulo IV

### As relações externas da Comunidade Europeia ..... 371

1. A preempção das competências externas dos Estados.....	372
1.1. as competências externas implícitas da Comunidade.....	372
1.1.2. a preempção das competências nacionais.....	376
1.2. a política comercial comum.....	379
1.2.1. a delegação de poderes.....	381
2. O desconforto da ideia de exclusividade.....	383
2.1. os acordos mistos.....	384
2.2. a crise da ideia de exclusividade.....	388
3. O alargamento da jurisprudência preemptiva.....	392
3.1. o Parecer 2/91.....	393
4. O Tratado de Maastricht e as relações externas.....	396
4.1. a conclusão do ciclo negocial do Uruguai Round.....	398
4.2. o Parecer 1/94.....	402
4.2.1. o alcance do artigo 113º.....	403
4.2.2. as competências implícitas externas da CE.....	405
4.3. judicial self-restraint.....	406
4.3.1. realismo político.....	409
5. Apreciação.....	411

### Conclusões..... 415

### Bibliografia..... 433

## **Agradecimentos**

I - Em 1992 o Instituto Universitário Europeu aceitou a minha candidatura a investigador do Departamento de Direito, após uma primeira passagem por esta instituição em que havia apresentado a dissertação de LL.M.. Não obstante o conhecimento previamente adquirido do IUE, foi com grande satisfação que encarei o regresso a Florença onde sabia poder desfrutar de excepcionais condições de trabalho para a preparação do doutoramento. Na verdade, a excelência do funcionamento do IUE permite a todos os seus membros um leque de facilidades dificilmente igualáveis em outras instituições universitárias. Por estes motivos, queria manifestar o meu reconhecimento ao IUE e, em especial, ao seu Departamento de Direito.

Em particular, gostaria de endereçar os meus sinceros agradecimentos ao Prof. Luis Maria Díez-Picazo, orientador da presente dissertação. Pelo seu interesse, pelo seu constante incentivo, pelas sugestões formuladas, pelos seus juízos críticos, pela liberdade criativa concedida, pela tolerância demonstrada face à gestação deste trabalho, pela confiança em mim depositada. Tenho plena consciência de que sem a sua excelente orientação científica teria sido bem mais difícil completar a tese de doutoramento. Ao Prof. Díez-Picazo a expressão do meu profundo reconhecimento.

Gostaria também de agradecer o apoio que recebi do Prof. Renaud Dehousse, que se revelou determinante no endereçamento e delimitação do objecto deste trabalho.

Gostaria, ainda, de manifestar o meu reconhecimento pelo incentivo e sugestões recebidos, ao longo do tempo que permaneci junto do IUE, dos Professores Joseph Weiler, Karl-Heinz Ladeur, Francis Snyder, Roger Morgan, Federico Mancini, Martin Shapiro e Charles Abernathy.

Por fim, os meus agradecimentos ao secretariado do Departamento de Direito, ao serviço académico e à biblioteca do IUE. E, ainda, o apoio de Machteld Nijsten e Emir Lawless na realização de pesquisa bibliográfica e documental.

II - Às entidades portuguesas que apoiaram a minha vinda para Florença e a respectiva permanência - tanto no plano académico, como nas vertentes material e financeira - queria também registar os meus agradecimentos. Em particular, a Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa, a Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica e o Ministério dos Negócios Estrangeiros.

III - No plano pessoal, começaria por me dirigir aos meus amigos. Amigos que me têm acompanhado desde a primeira infância e nos primeiros passos da vida escolar. Amigos de adolescência e dos estudos liceais. Amizades que foram crescendo na idade adulta e na vida universitária: os grupos de amigos que se formam, e perduram, dos tempos de Faculdade. Quis a sorte que eu frequentasse essa multinacional da amizade que é o colégio de Bruges onde, para além da iniciação aos estudos europeus, aproveitei para dilatar as relações pessoais. De igual modo, a primeira passagem por Florença trouxe-me novos conhecimentos, novas amizades e até o casamento. E mais amigos. E os amigos dos meus amigos, que meus amigos ficaram. Que continuaram a aumentar com o acesso à vida profissional, onde entre colegas e alunos construí excelentes amizades. O mesmo se diga dos companheiros de lazer e das actividades recreativas. Inevitavelmente, o

regresso a Florença, para a preparação do doutoramento, permitiu-me novos conhecimentos, novas ocupações e, em consequência, novos amigos. Este enorme património pessoal - o meu maior património - é credor de todo o meu reconhecimento e de toda a minha gratidão pelo estímulo, confiança e solidariedade que me prestaram ao longo dos anos. A todos o meu muito obrigado.

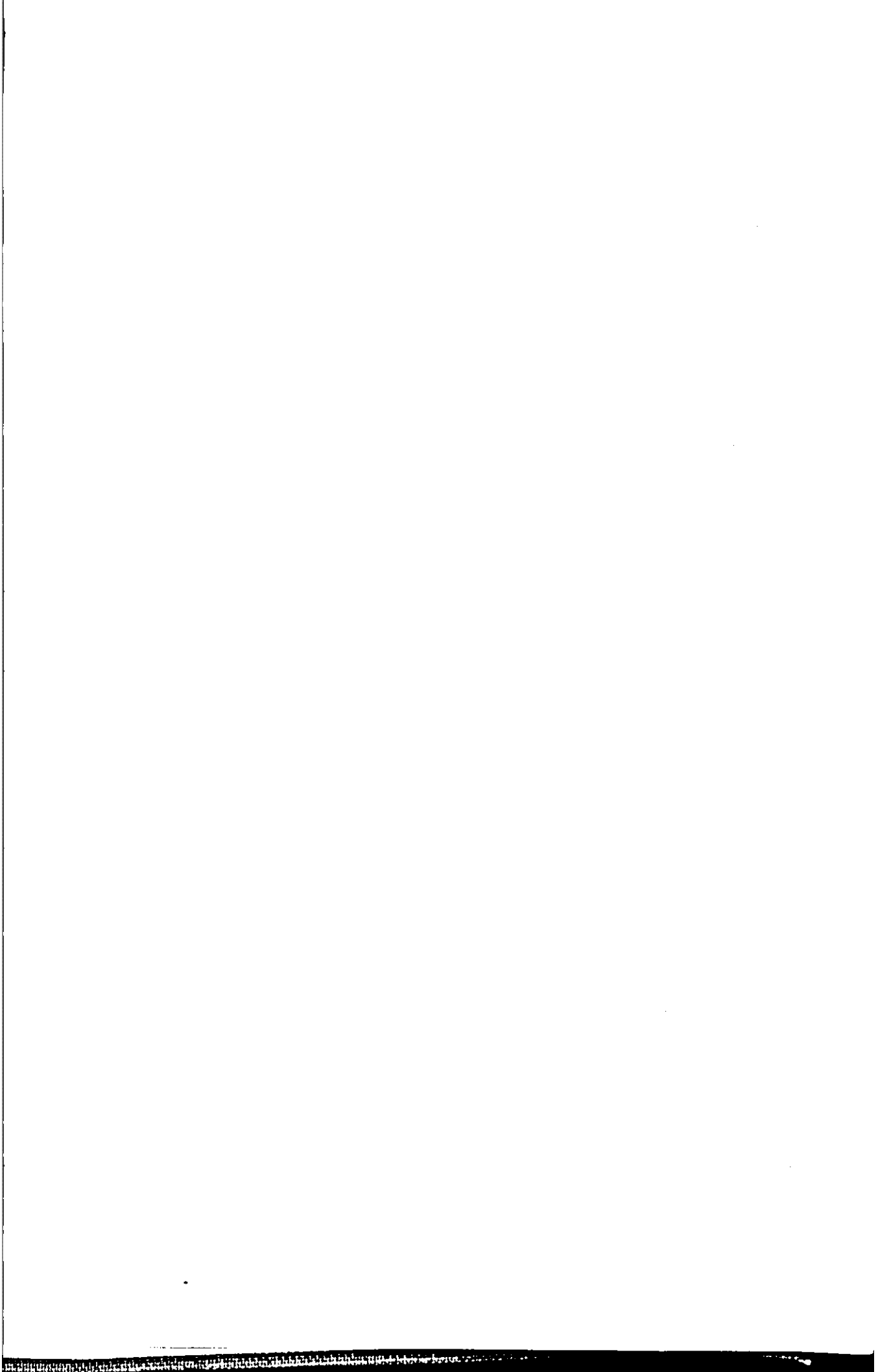
De par com os amigos, e numa relação estreita e incindível com a amizade, queria agradecer o apoio e a estima que tenho recebido da família. Família assaz numerosa. À qual me permito acrescentar as relações certamente familiares, mas extra-legais - e, portanto, metajurídicas - que resultam do afecto e ternura recíprocos cultivados ao longo de uma vida.

Para terminar, o meu reconhecimento à Manela, minha irmã. O meu infinito reconhecimento à Mãe e ao Pai por trinta e três anos de continuada educação. Pelo vosso incentivo permanente no enfrentar de novos desafios. Pelo apoio absoluto e incondicional. Pela vossa presença, apesar da distância. E à Paola, minha mulher, que conviveu com os vários momentos que a feitura deste trabalho comportou, toda a minha afectuosa gratidão.



## ***INTRODUÇÃO***

2.





## Introdução

A questão da repartição de competências entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros ocupa um lugar de primordial importância no contexto do processo de integração europeia. Na verdade, a esfera de intervenção dos principais actores políticos deste processo - as instituições comunitárias e os governos nacionais - depende de uma clara definição dos contornos desta mesma divisão de competências. Porém, o sistema comunitário de repartição de competências é um mecanismo que, por efeito de um conjunto de motivos, se tem revelado de difícil apreensão.

Diversos são os factores que contribuem para esta dificuldade de apreensão do sistema comunitário de repartição de competências. Desde logo, o próprio método funcional de atribuição de competências à Comunidade empregue pelos autores do Tratado de Roma, ao qual se deve adicionar a dificuldade suplementar derivada de uma ampla estipulação dos objectivos a alcançar por esta entidade. Donde decorre, também, a necessária realização progressiva das finalidades fixadas à Comunidade, a qual favorece uma perspectiva dinâmica da expansão das competências comunitárias.

Outros elementos integrantes da aludida dificuldade do sistema de repartição de competências têm que ver com a determinação da natureza jurídica das atribuições conferidas à Comunidade, ou seja, o problema de saber quais as matérias que se devem considerar como sendo da sua exclusiva actuação bem como, também, a avaliação do impacto que a consagração do princípio da subsidiariedade pelo Tratado de Maastricht, entendido como novo critério director da alocação de competências, causou no referido sistema de repartição.

Para além dos factores acima referidos, subsiste ainda o problema do relacionamento que se estabelece entre os ordenamentos jurídicos nacionais e comunitário nos domínios considerados como relevando da competência partilhada da Comunidade e dos Estados-membros. É neste contexto que devemos colocar o tema da preempção das competências nacionais. A ideia de preempção entendida como a preclusão da faculdade que assiste aos Estados de exercerem as suas prerrogativas normativas, em áreas tidas como sendo de competência conjunta com a Comunidade, em virtude da actuação dessas mesmas competências no plano comunitário.

\* \* \*

A preempção é um conceito originário do direito constitucional norte-americano, cuja aplicação se deve em boa medida à jurisprudência proferida pela *Supreme Court* nas situações onde foi confrontada com a resolução de problemas de delimitação de competências normativas entre o sistema jurídico federal e os ordenamentos dos Estados. Por este motivo, uma análise da operatividade da figura da preempção no direito comunitário deverá considerar, em nosso entender, os elementos marcantes desta categoria jurídica no respectivo sistema de origem. Assim, na Parte I procuraremos fornecer uma breve panorâmica da chamada doutrina da preempção no direito federal norte-americano, sem esquecer contudo o seu enquadramento no contexto mais amplo da divisão vertical de competências entre o poder central e os Estados, bem como referir alguns aspectos específicos relativos à sua aplicação.

Gostaríamos, porém, de fazer alguns esclarecimentos prévios quanto ao alcance desta Parte I do nosso trabalho. Em primeiro lugar, sobre o fundamento do recurso ao direito norte-americano. Na verdade, os sistemas jurídicos dos Estados Unidos e da Comunidade Europeia possuem um conjunto de características essenciais em comum que legitimam a

realização de estudos comparativos. Assim, e de acordo com Eric Stein, em ambos os sistemas encontramos um núcleo de competências que as autoridades locais alocaram ao poder central; verificamos, por outro lado, que nos dois sistemas as instituições que dirigem o poder central se encontram dotadas de uma certa margem de autonomia em relação às autoridades locais; constatamos, também, que o direito emanado pelas entidades centrais prevalece sobre as normas provenientes dos ordenamentos periféricos podendo, ainda, ser directamente invocado em juízo pelos cidadãos; por fim, ambos os sistemas detêm um órgão jurisdicional encarregue de resolver os litígios relativos à repartição de competências entre o poder central e as unidades locais<sup>1</sup>.

Refira-se, porém, que apesar dos interessantes paralelos que se possam estabelecer entre os dois sistemas jurídicos não é nosso propósito empreender um estudo de direito comparado de ambos os ordenamentos, focalizado no problema da preempção de competências das unidades locais<sup>2</sup>. Com efeito, a nossa intenção ao recorrer à análise desta figura do direito norte-americano funda-se em objectivos bastante mais limitados, visando apenas descobrir novas realidades que se prendem com o conceito e aplicação da preempção no ordenamento normativo dos Estados Unidos e tentar recolher elementos que escapariam se nos concentrássemos tão só no estudo de um único sistema jurídico composto, como aquele do direito comunitário<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Stein, E., *On Divided-Power Systems: Adventures in Comparative Law, Legal Issues of European Integration*, 1983, p. 28.

<sup>2</sup> Em defesa da viabilidade de um tal estudo, ver Lord Mackenzie Stuart, *Problems of the European Community - Transatlantic Parallels*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, p. 187.

<sup>3</sup> Na verdade, a nossa atitude metodológica cabe de algum modo na seguinte citação do Juiz Pierre Pescatore:

- "The Europeans participants in the Bellagio Conference felt a delight not unlike that of Monsieur Jourdain, Molière famous character, when he discovered that he had been speaking prose for years without even being aware of it. To them came the realization that they have been practising federalism on lines not unlike those of the United States, and that they, too, have a Supreme Court of their own, with even some Marshalls and other bold constructionists sitting on it. ... But now has come the time to take note of the experience gathered on both sides of the Atlantic, and, on our part, to recognize that on many issues arising in a federal context the United States have the advantage of some hundred and fifty

Por outro lado, e apesar das afinidades que apontámos entre os ordenamentos normativos norte-americano e comunitário, temos também consciência das profundas diferenças que os separam. Desde logo, o sistema jurídico norte-americano constitui a estrutura normativa de um Estado federal. Como sabemos, a União Europeia muito embora represente uma modalidade interessante de associação de Estados independentes, diversa do modelo tradicional de organização internacional que havia caracterizado a génese das Comunidades Europeias - mutação esta que se deveu principalmente ao chamado fenómeno da constitucionalização do Tratado de Roma - não pode porém ser considerada como uma entidade de tipo estadual, nem tão pouco demonstra uma inequívoca vocação para se vir a constituir enquanto tal.

Para além desta diferença fundamental da natureza jurídica das entidades a que se reportam os ordenamentos normativos em causa, existe ainda um outro aspecto que entendemos dever ser mencionado. Se aceitarmos a definição que Elazar propõe de federalismo como uma ideia política fundada em *"the combination of self-rule and shared rule"*<sup>4</sup>, o que implica a existência de uma mecanismo de tipo constitucional de divisão de competências normativas entre dois ordenamentos autónomos no seio de um determinado sistema político<sup>5</sup>, poderemos situar o fenómeno do federalismo no âmbito quer do ordenamento norte-americano quer no da ordem jurídica comunitária. Ou seja, temos os Estados Unidos como um modelo clássico de Estado federal e a União Europeia como uma experiência de federalismo no

---

*years of a highly diversified judicial development from which many useful lessons may well be learned by the Jourdain of Europe.*", in Sandalow, T., Stein, E., (edited by), *Courts and Free Markets - Perspectives from the United States and Europe*, Volume I, Clarendon Press - Oxford, 1982, Foreword.

<sup>4</sup> Elazar, D.J., *Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, Longman Current Affairs, Essex, 1991, p. xv.

<sup>5</sup> Duchacek, I. V., *Comparative Federalism - The Territorial Dimension of Politics*, Lanham, New York, 1987, p. 194.

âmbito das relações internacionais<sup>6</sup>. Porém, e apesar de o federalismo ter tido nos Estados Unidos uma génese e função claramente integrativas do respectivo sistema político<sup>7</sup>, os desenvolvimentos que este mesmo sistema conheceu ao longo dos seus dois séculos de existência e, sobretudo, as transformações a que foi submetido nas últimas décadas em virtude da realização do chamado *welfare state*, conduziram a uma dinâmica de centralização de competências no governo nacional<sup>8</sup> que fez com que o discurso sobre o federalismo nos nossos dias, e a sua invocação no seio do sistema político, tenham assumido uma conotação claramente devolutiva<sup>9</sup>, por contraposição ao seu significado originário.

Por sua vez, na União Europeia que, como sabemos, resulta do esforço de integração promovido pelas suas unidades políticas nacionais, o mecanismo de divisão de competências entre a União e os Estados-membros - em que se pode resumir a essência político-normativa do federalismo - conhece ainda uma fase de carácter preponderantemente

---

<sup>6</sup> Cfr. Pescatore, P. *La répartition des compétences et des pouvoirs entre les États membres et les Communautés Européennes - Étude des rapports entre les Communautés et les États membres* (version française de l'article intitulé: "Distribucion de competencias y de poderes entre los Estados miembros y las Comunidades europeas. Estudio de las relaciones entre la Comunidades y los Estados miembros", dans "Derecho de la Integracion", n°1, Instituto para la Integracion de la America Latina, Argentina, 1967, p. 108 - 152), policopiado, p. 97.

<sup>7</sup> A este propósito, Lenaerts distingue entre as situações em que o federalismo desempenha um papel integrativo de entidades previamente independentes e os casos onde o federalismo assume uma função devolutiva de competências, no âmbito de um determinado Estado unitário, em benefício das suas unidades componentes. Cfr. Lenaerts, K., *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, The American Journal of Comparative Law, 1990, p. 206.

<sup>8</sup> Orban, E., *La Dynamique de la Centralisation dans l'État Fédéral: un processus irréversible?*, Québec/Amérique, Montréal, 1984, p. 254 e 401.

<sup>9</sup> Tal é o caso dos defensores do chamado *new federalism*, corrente política que emergiu como reacção às tendências centralizadoras do poder federal e que tem atravessado o discurso dos principais dirigentes políticos republicanos, desde Richard Nixon a Ronald Reagan. Idênticas preocupações afloram no programa radical de Newt Gingrich, ver *To Renew America*, Harper Collins Publishers, New York, 1995, p. 101-108.

integrativo<sup>10</sup>. Pelo que, o discurso contemporâneo sobre o federalismo no âmbito destes dois sistemas jurídicos deverá considerar as diferenças de percurso que marcam a evolução dos respectivos ordenamentos normativos e as correspondentes tendências em matéria de realocação de competências.

\* \* \*

Regressando ao direito comunitário, ordenamento de referência do nosso trabalho, cabe agora enunciar as questões que nos propomos desenvolver ao longo da nossa investigação. O objecto principal desta, como aliás decorre do próprio título, é o estudo do fenómeno da preempção das competências nacionais por parte do ordenamento jurídico comunitário. Todavia, e porque a questão da preempção é um problema que releva do tema mais amplo da delimitação de competências entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros, procuraremos situá-la devidamente neste contexto.

Contudo, e para além das naturais dificuldades experimentadas na abordagem da complexa temática da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados, deparam-se-nos outros problemas adicionais ao seu estudo que se devem basicamente às próprias transformações de que esta questão foi sendo objecto ao longo dos sucessivos desenvolvimentos que o sistema comunitário tem conhecido. Tais dificuldades acrescidas ao estudo da repartição de competências têm que ver, fundamentalmente, com a chamada constitucionalização do Tratado de Roma - que ao nível da divisão de competências se repercutiu através do fenómeno da erosão do princípio das competências de atribuição -, com o surgir de desvios de sentido centralizador no esquema

---

<sup>10</sup> Sobre as características e elementos de tipo federal presentes no sistema jurídico comunitário, ver Hartley, T. C., *Federalism, Courts and Legal Systems: The Emerging Constitution of the European Community*, *The American Journal of Comparative Law*, 1986, p. 229 e segs.

geral de alocação de competências à Comunidade Europeia e, por fim, com o pretendido antídoto à referida orientação centralizadora, que a consagração do princípio da subsidiariedade na ordem jurídica comunitária entendeu representar.

Definido o contexto geral em que se insere a figura da preempção, orientaremos a nossa pesquisa em torno de um núcleo comum de preocupações, tendo em vista obter esclarecimentos sobre as seguintes questões fundamentais:

- Desde logo, é nosso objectivo indagar da efectiva produção de um efeito preemptivo pelas normas de direito comunitário sobre as competências dos Estados-membros, ou seja, constatar a operatividade da figura da preempção no ordenamento jurídico da Comunidade Europeia. Por outro lado, procuraremos identificar qual a instituição comunitária, ou as instituições, que a aplicam.

- O estudo da chamada doutrina da preempção no sistema norte-americano revela uma certa variedade nas modalidades de aplicação que a figura da preempção pode assumir. Com base nesta experiência, tentaremos indagar sobre o uso preferencial em direito comunitário de alguma das modalidades específicas de aplicação da figura da preempção.

- Tendo como premissa do presente estudo que a preempção é uma figura que releva da temática da repartição de competências entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros, procuraremos averiguar do impacto provocado pelo recurso a esta mesma figura no esquema geral de divisão de competências delineado pelo Tratado e, em particular, da modalidade preemptiva que conheça utilização preferencial no seio do ordenamento comunitário.

- Em virtude das alterações constitucionais introduzidas pelo Tratado de Maastricht, o princípio da subsidiariedade apresenta-se como um verdadeiro critério director, nas matérias que não relevem da jurisdição exclusiva da Comunidade, da repartição de competências entre os ordenamentos nacionais e comunitário. Assim, iremos indagar sobre as consequências que decorrem para a aplicação da figura da preempção e, em especial da sua modalidade preferencial de actuação, da consagração no sistema comunitário deste novo princípio constitucional.

- Por último, e em termos puramente prospectivos, procuraremos averiguar sobre a possibilidade de existência de uma abordagem diversa do fenómeno da preempção, no sentido que esteja em sintonia com os valores decorrentes da realização de um juízo de subsidiariedade na alocação de competências de actuação à Comunidade, que possamos afirmar como susceptível de atingir uma aplicação praticável na ordem jurídica comunitária.

\* \* \*

Em virtude da extensão material do ordenamento jurídico da Comunidade Europeia, não poderíamos ter a pretensão de realizar um estudo que abordasse a globalidade dos domínios de intervenção do direito comunitário. Por este motivo, entendemos ser necessário restringir a presente pesquisa a certas áreas específicas de actuação comunitária. Assim, a escolha recaiu sobre quatro domínios que, em nossa opinião, desempenham uma função de primordial importância no processo de integração europeia: as relações externas da Comunidade; as competências reservadas aos Estados-membros no âmbito da liberdade fundamental de circulação de mercadorias; as organizações comuns de mercado existentes no quadro da política agrícola comum; e a política comum de pescas. Em relação a cada uma destas áreas de intervenção



da Comunidade a nossa análise não pretenderá tanto entrar no estudo do conteúdo material das respectivas competências normativas comunitárias mas, antes e sobretudo, apreender a dimensão institucional destas mesmas competências visando realizar um exercício compreensivo da subtil linha de demarcação que define os domínios de actuação da Comunidade e dos Estados-membros. Terreno este onde se suscita de modo principal o problema da preempção das competências normativas nacionais.

Como se sabe, no sistema jurídico comunitário compete ao Tribunal de Justiça garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação deste ordenamento. Pelo que, a delimitação da fronteira de competências entre a Comunidade e os Estados-membros é uma matéria que releva também da sua área de jurisdição. Por isso mesmo, o estudo empírico das situações em que se suscitam divergências de entendimento quanto ao alcance das competências de actuação dos ordenamentos jurídicos nacionais e comunitário passa por uma análise da jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça sobre o assunto. Assim, a nossa investigação sobre a delimitação material de competências nas referidas quatro áreas de actuação da Comunidade centra-se, principalmente, numa avaliação da jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>11</sup>. Com o objectivo de permitir uma maior facilidade de leitura, decidimos autonomizar a parte deste trabalho consagrada à análise das decisões do Tribunal de Justiça nesta matéria (Parte III), dos capítulos que abordam a repartição de competências e a temática da preempção no sistema comunitário (Parte II).

Afigura-se-nos quase desnecessário justificar o largo espaço concedido à análise da jurisprudência do Tribunal de

---

<sup>11</sup> Consultámos a jurisprudência do Tribunal de Justiça na versão francesa, em parte, devido ao facto de o arco temporal com que trabalhamos abranger uma fase anterior à adesão de Portugal à Comunidade - período de que não foi efectuada a tradução integral para português das decisões do Tribunal - e, noutra parte, por uma questão de homogenização linguística da nossa pesquisa. Por este motivo, as nossas referências à jurisprudência do Tribunal de Justiça serão efectuada de acordo com sua a versão em língua francesa.

Justiça. Na verdade, e para além do facto de a actividade de interpretação e de aplicação das leis constituir o elemento marcante e distintivo do direito em relação ao conjunto das ciências sociais e humanas<sup>12</sup> - o que implica que os estudos jurídicos devam prestar uma atenção particular às decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais - o próprio Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia conquistou uma posição de destaque no contexto do sistema institucional comunitário. Com efeito, foi devido à actuação do Tribunal de Justiça que se permitiu a afirmação da ordem jurídica comunitária como um corpo de normas autónomo dos ordenamentos nacionais, que se operou a chamada constitucionalização do Tratado de Roma e, também, que este mesmo sistema jurídico revelasse as potencialidades necessárias para compensar as insuficiências que caracterizaram o processo de decisão comunitário no decurso do tempo.

\* \* \*

Diga-se, também, que entendemos o chamado processo da construção europeia, donde releva a Comunidade Europeia, como um fenómeno eminentemente político. Ainda que a sua abordagem inicial tenha sido caracterizada pela preeminência de uma estratégia que visava a integração dos mercados e das economias dos Estados. É neste cenário, aliás, que surgiu e se desenvolveu a ordem jurídica comunitária, como suporte normativo dessa experiência de integração que ensaiava os seus primeiros passos. Pelo que o estudo do direito comunitário não pode ser empreendido como se tratasse de um ramo do direito desprovido de uma intrínseca conexão com a dimensão política, cultural, económica e social que percorre e condiciona o próprio processo de integração europeia. Ou seja, em nossa opinião,

---

<sup>12</sup> Cfr. Domingues de Andrade, M. A., *Sentido e Valor da Jurisprudência*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1973, p. 36.

torna-se necessário que os estudos jurídico-comunitários tenham em conta o contexto mais amplo que envolve este ordenamento normativo e não se limitem a realizar uma abordagem estritamente técnico-jurídica do Tratado e do conjunto de disposições emanadas das instituições da Comunidade<sup>13</sup>. Não esquecendo, todavia, que o direito se pode revelar, ele próprio, como um elemento potenciador do processo de integração europeia, ocupando o lugar que os neo-funcionalistas inicialmente haviam atribuído à economia<sup>14</sup>.

A necessidade particular que os juristas comunitários sentem de recolher os contributos oferecidos por outras ciências sociais sobre o processo de construção europeia resulta da complexidade deste mesmo processo, bem como da impossibilidade de efectuar estudos sectoriais que não considerem o impacto inter-disciplinar do seu objecto. A este propósito, Norberto Bobbio afirma que alguns ramos tradicionais do direito tendem a descobrir a seu lado uma outra disciplina do comportamento humano, que os segue como a sua própria sombra, exemplificando as relações que se estabelecem entre o direito constitucional e a ciência política, o direito administrativo e a ciência da administração, o direito internacional e as relações internacionais<sup>15</sup>. Do mesmo modo, diríamos que sendo o direito comunitário uma disciplina originária do direito internacional, ele mantém uma ligação muito estreita com a chamada teoria da integração a qual, como sabemos, é de considerar como uma especialidade no domínio das relações internacionais.

Por este motivo, pensamos que se deva prestar uma particular atenção à literatura produzida pelos politólogos

---

<sup>13</sup> Snyder, F., *New Directions in European Community Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1990, p. 9.

<sup>14</sup> Cfr. Burley, A.-M., Mattli, W., *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, International Organization, 1993, p. 47.

<sup>15</sup> Bobbio, N., *Dalla struttura alla funzione - Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 57.

que se ocupam da construção europeia, porque tanto o direito comunitário como a teoria da integração são disciplinas que se dedicam ao estudo do mesmo fenómeno, sendo que no primeiro caso o objecto central reside no ordenamento normativo da Comunidade Europeia e, no caso da teoria da integração, o interesse principal do seu estudo consiste na análise do poder de decisão comunitário e no modo como este processo se desenvolve.

\* \* \*

A última observação que pretendemos realizar é de carácter estritamente terminológico. O fenómeno da preempção de competências é, como se disse, uma figura jurídica com origem no ordenamento federal norte-americano. Talvez por este mesmo facto, a sua introdução no debate comunitário deve-se à literatura produzida em língua inglesa, onde a expressão *preemption* é empregue no mesmo sentido do direito norte-americano. No tocante à literatura jurídica publicada em língua francesa, a expressão *préemption* é usada de modo prevalente no âmbito do instituto da preferência existente no quadro dos direitos reais<sup>16</sup>, muito embora alguns trabalhos relativos ao direito comunitário tendam também a utilizá-la em sintonia com a equivalente expressão anglo-saxónica.

Na língua portuguesa, deparamos com uma situação bastante semelhante àquela verificada no idioma francês. Na literatura jurídica, o uso mais comum do termo "preempção" é feito em sede dos direitos reais, no âmbito do instituto do direito de preferência em caso de alienação de imóveis, sendo considerado como uma expressão de significado equivalente à preferência<sup>17</sup>. Contudo, encontramos também o

---

<sup>16</sup> Cfr. Raynaud, P., *Droit Civil - Les Biens*, 2ème édition, Éditions Sirey, Paris, 1980, p. 77.

<sup>17</sup> Cfr. Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Reais*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 571.

termo "preempção" utilizado na sua acepção anglo-saxónica, ou seja, com referência ao fenómeno da preclusão de competências normativas no quadro de um sistema jurídico de características federais<sup>18</sup>. Será, pois, neste último sentido que empregaremos a palavra preempção ao longo do nosso trabalho.

\* \* \*

Vejamos, agora, qual o plano de trabalho que seguiremos ao longo do nosso estudo. Assim, na Parte I ocupar-nos-emos do estudo da preempção no direito norte-americano. Esta parte do nosso trabalho compreende uma breve panorâmica do sistema de divisão de competências entre o poder federal e os Estados, seguida por uma apresentação da chamada doutrina da preempção no direito norte-americano e, por fim, por uma exposição de algumas decisões judiciais bem como pelo enunciado de certos problemas decorrentes da aplicação desta figura.

A Parte II será consagrada ao estudo do sistema de repartição de competências entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros, e à análise da preempção das competências nacionais pelo direito comunitário. No Capítulo I procuraremos fornecer uma visão geral do problema da divisão vertical de competências no ordenamento comunitário, aproveitando para delinear o cenário de fundo no qual se inscreve a questão da preempção e, introduzindo ao mesmo tempo três temas marcantes da evolução daquele sistema: a chamada constitucionalização do Tratado de Roma; as tendências centralizadoras na gestão da alocação das competências comunitárias; e a consagração do princípio da subsidiariedade. O Capítulo II será dedicado a uma análise específica da figura da preempção no direito comunitário.

---

<sup>18</sup> Machete, P., *Os Princípios de Articulação Interna de Ordenamentos Complexos no Direito Comparado*, O Direito, 1992, p. 118.

Por fim, a Parte III será exclusivamente dedicada à análise da operatividade da ideia de preempção das competências normativas dos Estados-membros na jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça. Como já referimos, tivemos de limitar este nosso estudo a quatro domínios específicos de actuação da Comunidade, os quais por seu turno correspondem, em termos do nosso plano de trabalho, a outros tantos capítulos desta última parte. Assim, no Capítulo I falaremos da reserva de competências nacionais prevista pelo artigo 36º do Tratado; no Capítulo II, da política comum de pescas; no Capítulo III, das organizações comuns de mercado existentes no quadro da chamada política agrícola comum; e no Capítulo IV, das relações externas da Comunidade Europeia.

## ***PARTE I***

**A preempção no direito norte-americano**





1. - A divisão de competências entre o poder federal e os Estados no sistema norte-americano

"But as the plan of the convention aims only at a partial union or consolidation, the State governments would clearly retain all the rights of sovereignty which they before had, and which were not by that act exclusively delegated to the United states. This exclusive delegation, or rather this alienation, of State sovereignty, would only exist in three cases: where the Constitution in express terms granted an exclusive authority to the Union; where it granted in one instance an authority to the Union, and in another prohibited the States from exercising the like authority; and where it granted an authority to the Union, to which a similar authority in the States would be absolutely and totally contradictory and repugnant."

Alexander Hamilton\*

O sistema político americano, tal como resulta da Constituição de 1787, procura conciliar o objectivo da preservação da soberania dos seus Estados componentes com a necessidade de dotar a União de um governo central forte, que disponha de amplos e eficientes poderes de actuação. Na verdade, trata-se de dar corpo ao compromisso encontrado na Convenção de Philadelphia entre os apoiantes de um sistema político unitário, que centralizasse em benefício do seu governo nacional um núcleo alargado de competências, e os

---

\* em, *The Federalist* n° 32, in Fairfield, R. P., *The Federalist Papers*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2nd edition, 1981, p. 80.

defensores de uma perspectiva minimalista do poder central os quais viam nos Estados os principais protagonistas do processo político e que, relativamente ao regime dos Artigos da Confederação de 1781, se limitavam a fazer apenas algumas concessões em favor do Congresso da União<sup>1</sup>. Assim, desta tensão entre nacionalistas e estadualistas resultou um sistema político considerado, na expressão de William Riker, como de *federalismo centralizado*<sup>2</sup> onde um forte governo nacional se combina com disposições que procuram manter a existência dos Estados enquanto entidades de natureza soberana e não como meras unidades de carácter regional ou provincial.

A Constituição federal de 1787 estabeleceu os fundamentos de um sistema de distribuição vertical de competências entre as instâncias do poder nacional e os Estados. Tal divisão de competências entre estas duas entidades do sistema federal<sup>3</sup> realizava-se com base na ideia de uma atribuição limitada das competências dos Estados, perspectivados enquanto entidades soberanas, em benefício do Governo nacional. A solução enunciada pela Constituição baseia-se na ideia de uma composição de interesses - *the compound principle of government* - entre os dois eixos motores da vida política norte-americana, nos termos da qual o governo nacional teria capacidade para exercer directamente poderes coercivos sobre os cidadãos da União, muito embora dentro dos limites da sua esfera de competências, e onde os Estados permaneciam soberanos em todos os assuntos que não fossem abrangidos

---

<sup>1</sup> Riker, W.H., *The Development of American Federalism*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1987, p. 19 - 22.

<sup>2</sup> *Id.* p. 30.

<sup>3</sup> Refira-se que os termos 'federal' ou 'federalismo' não são utilizados em parte alguma do texto da Constituição norte-americana de 1787, muito embora a criação de um sistema federal tivesse sido encarada como a solução natural para os problemas que os treze Estados fundadores enfrentavam ao tempo da Convenção de Philadelphia, de onde resultaria a Lei Fundamental actual. Cfr. Shapiro, M., Tresolini, R.J., *American Constitutional Law*, 5th Edition, Macmillan Publishing Co., Inc., New York, 1979, p. 111.

pelas atribuições do poder federal<sup>4</sup>. A materialização jurídica de tal distribuição de competências encontra-se no próprio texto constitucional o qual adopta na secção 8<sup>a</sup> do seu Artigo I o modelo da enumeração de atribuições em favor do Congresso<sup>5</sup>.

Destas atribuições, algumas são consideradas como sendo da competência exclusiva do Congresso, no sentido em que este órgão não tem de partilhar o seu exercício com o outro grande protagonista do sistema federal, os Estados. São elas as competências em matéria de política externa<sup>6</sup>, defesa, assuntos militares e política de imigração<sup>7</sup>. Também são exclusivas do Congresso as competências que este detem em matéria de

---

<sup>4</sup> Scheiber, H.N., *Federalism and the Constitution: The Original Understanding*, in Friedman, L., Scheiber, H.N. (edited by), *American Law and the Constitutional Order - Historical Perspectives*, Harvard University Press, Massachusetts, 1978, p. 87-8.

<sup>5</sup> Nos termos desta disposição constitucional, o Congresso federal, na sua qualidade de instituição nacional com poderes representativos do povo dos Estados Unidos e, portanto, depositária da soberania da Nação, recebia dos Estados federados da União as seguintes competências de atribuição: lançar e cobrar impostos nacionais com o objectivo de proceder aos encargos com a defesa e o bem-estar da Nação; contrair empréstimos em nome da Nação; regular o comércio externo dos Estados Unidos, bem como as relações comerciais entre os seus vários Estados componentes, ou seja, o comércio inter-estadual (a famosa *Interstate Commerce Clause*); adopção de um regime uniforme relativo à naturalização dos cidadãos e de um direito nacional regulador do regime da falência; emissão de moeda, definição da relação cambial entre esta e as demais divisas estrangeiras e adopção de um regime punitivo da sua contrafacção; estabelecimento de um sistema nacional de Correios; adopção de um regime nacional de protecção das criações da chamada propriedade intelectual; criação de Tribunais federais de jurisdição inferior à *Supreme Court* (conforme o artigo III do mesmo texto); defesa dos mares contra os atentados ao regime estabelecido pelos princípios gerais do Direito das Nações; declarar a guerra, bem como criar e manter forças de Exército e Marinha de guerras e estabelecer o seu regimento; recrutar uma milícia encarregue de fazer respeitar a ordem pública, ainda que neste particular as atribuições do Congresso fossem partilhadas com os Estados; e, ainda, plenos poderes de governo sobre o *District of Columbia*, sede do poder federal.

<sup>6</sup> "The power over foreign affairs is not shared by the States; it is vested in the national government exclusively", in, *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942), p. 233.

<sup>7</sup> Varat, J.D., "Economic Integration and Interregional Migration in the United States", in Tushnet, M. (edited by), *Comparative Constitutional Federalism - Europe and America*, Greenwood Press, New York, 1990, p. 26.

política monetária<sup>8</sup>. Certas outras atribuições, como a regulação do comércio inter-estadual, a definição de um regime uniforme da falência e da propriedade intelectual e o estabelecimento de um sistema postal nacional, embora não excluam por si só as competências dos Estados no âmbito destas matérias, têm sido exercidas tão exaustivamente que se podem considerar como virtualmente exclusivas do poder federal<sup>9</sup>. Já as *tax*<sup>10</sup> e *spending*<sup>11</sup> clauses são atribuições que, naturalmente, encontramos também na esfera de competências que os Estados são chamados a exercer no desenvolvimento na sua administração ordinária e em que se verifica, portanto, uma divisão funcional de competências entre o Congresso e as autoridades estaduais.

Porém, no último parágrafo da enumeração das competências atribuídas ao poder federal pela Secção 8ª do Artigo I da Constituição estabelece-se que o Congresso dispõe de todas as competências que se revelem necessárias e adequadas para a execução dos objectivos que lhe tenham sido conferidos nos termos constitucionais<sup>12</sup>. Esta *necessary and proper clause* permitiu introduzir um instrumento de flexibilidade na atribuição de competências do poder federal, possibilitando ultrapassar as situações em que se verificava uma falta de

---

<sup>8</sup> Embora o dollar fosse já moeda comum entre os Estados antes da adopção da Constituição de Philadelphia, no regime dos Artigos da Confederação a competência para emitir moeda era uma competência concorrente partilhada entre os Estados e o Congresso. A estipulação do valor cambial da moeda, porém, era uma atribuição exclusiva do Congresso.

<sup>9</sup> Varat, J.D., *op. cit.*, p. 27.

<sup>10</sup> Hay, P., Rotunda, R.D., *The United States Federal System*, in Mauro Cappelletti, *Studies in Comparative Law* (edited by), n.º 22, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p.169-72.

<sup>11</sup> A *spending clause* é uma atribuição-condição decorrente da *tax clause* ("... provide for the common Defense and general Welfare of the United States"), Cfr. Artigo I, secção 8ª, 1ª clausula da Constituição. A ligação destas duas atribuições e a utilização da *spending clause* para o *general welfare* da Nação são analisados pela Supreme Court em *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936), p. 65-66.

<sup>12</sup> "To make all Laws which shall be necessary and proper for carryng into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof".

competências de actuação que haviam caracterizado o curto período de vigência do regime dos Artigos da Confederação, e gerar as bases de uma interpretação lata das competências da União por parte da Supreme Court que haveria de caracterizar a história político-constitucional dos Estados Unidos. No fundo, trata-se da consagração da teoria das competências implícitas<sup>13</sup> do Governo federal no texto da Lei Fundamental da União com o intuito de superar os obstáculos que pudessem advir de um entendimento demasiado restritivo das competências federais, em resultado de uma aparente enumeração taxativa das atribuições do Congresso.

### *1.1. as teorias do federalismo*

#### *1.1.1. 'competitive federalism'*

O *federal arrangement* saído do texto constitucional adoptado pela Convenção de Philadelphia reflecte, de alguma maneira, uma perspectiva durante largo tempo dominante na teoria do federalismo e que via este modo de alocação de competências, entre entidades dispostas em distintos planos de exercício do poder, de uma forma marcadamente competitiva. Com efeito, as diferentes perspectivas que relevavam da chamada teoria do *competitive federalism* consideravam os Estados e o governo nacional como duas forças opostas que se debatiam entre si no esforço de manter as suas posições relativas no interior do sistema político e das competências que constitucionalmente lhes haviam sido atribuídos. No seio desta teoria encontramos diferentes perspectivas do fenómeno federal as quais se podem classificar em torno de três grupos fundamentais: *nation-*

---

<sup>13</sup> Lenaerts, K., *Le Juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'Ordre Juridique Européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988, p.115.

*centered federalism; state-centered federalism e dual federalism*<sup>14</sup>.

Os defensores da perspectiva de *nation-centered federalism*, consideravam que a Constituição, e a ideia de soberania que lhe subjaz, emanavam directamente do povo dos Estados Unidos - tal como resulta do seu preâmbulo, que começa por referir "*We people of the United States ...*" - que a União seria de considerar como preexistente aos Estados e à própria Constituição e que era ela que havia sido depositária das mais importantes atribuições na sequência da Declaração de Independência, atribuições estas que tinham obtido consagração constitucional nos Artigos da Confederação. Esta visão centralista do federalismo, baseada na defesa de um governo nacional forte<sup>15</sup> e de uma discreta participação dos Estados na vida política da União, ou seja, no limite de uma concepção unitária<sup>16</sup> do sistema político, encontra as suas raízes ideológicas no pensamento de Alexander Hamilton, expresso em alguns números dos seus conhecidos *Federalist Papers*.

No período que se seguiu à adopção da Constituição de 1787, Hamilton<sup>17</sup>, então Secretário de Estado do Tesouro do Governo

---

<sup>14</sup> Glendening, P.N., Reeves, M.M., *Pragmatic Federalism - An Intergovernmental View of American Government*, Palisades Publishers, California, 2nd Edition, 1984, p. 51.

<sup>15</sup> É esta visão do *federal arrangement* que encontramos no famoso acórdão da Supreme Court, *McCulloch v. Maryland*, de 1819, em que a propósito da questão de saber se o Congresso teria competências para criar um Banco Central, Chief Justice Marshall considerou tal competência como uma consequência necessária e funcional das atribuições daquele órgão em matéria de política monetária, reconhecendo deste modo a teoria dos *implied powers*, e argumentando que o Governo nacional "...is the government of all; its powers are delegated by all; it represents all, and acts for all.", cfr. 4 Wheaton 316 (1819).

<sup>16</sup> Walker, D.B., *Toward a Functioning Federalism*, Winthrop Publishers, Inc., Cambridge, Massachusetts, 1981, p.47.

<sup>17</sup> Alexander Hamilton (1757-1804), famoso combatente da Guerra de Independência, jurista, foi delegado do Estado de New York à Convenção de Philadelphia. Autor, juntamente com James Madison e John Jay, dos textos saídos na imprensa americana da época em defesa da ratificação da Constituição de 1787, os quais foram reunidos e publicados sob a designação de *The Federalist Papers*. Fundador e líder do Partido

do Presidente George Washington, defendeu a criação de um Banco Central que ajudasse o governo no seu esforço de saneamento financeiro decorrente dos encargos assumidos durante a guerra de independência<sup>18</sup>. Porém, a Constituição não atribuía expressamente ao Congresso competência para o estabelecimento ao nível nacional de um tal tipo de instituição. Hamilton considerava que tal competência decorria de um entendimento amplo das atribuições do poder legislativo em matéria de política económica e monetária, o qual por sua vez conjugado com a aplicação da *necessary and proper clause*, haveria de conferir aos órgãos federais as competências implícitas que legitimavam a criação de um banco central. Esta leitura que o dirigente do Partido Federalista fazia do texto da Lei Fundamental reflectia a sua perspectiva deste acto enquanto *living constitution*<sup>19</sup>, que deveria ser interpretado de modo a fornecer as respostas adequadas aos problemas específicos que os sucessivos governos enfrentassem ao longo do tempo.

Uma perspectiva radicalmente oposta a esta última pode ser encontrada entre os seguidores da perspectiva de *state-centered federalism*, ou seja, entre aqueles que defendiam que o modelo federal assentava fundamentalmente nos Estados, considerados como os protagonistas principais do processo político. Na linha do pensamento de Thomas Jefferson, esta corrente baseava as suas premissas na ideia de soberania dos Estados, no facto de ter sido na qualidade de delegados de entidades soberanas que os Estados enviaram os seus

---

Federalista, membro da Administração Washington, morreria na sequência de um duelo em que enfrentou o Vice-Presidente em funções Aaron Burr, durante o primeiro mandato do Presidente Thomas Jefferson. Cfr. *American State Papers*, Encyclopedia Britannica, Inc., Chicago, 1978, p. 23-26.

<sup>18</sup> Dye, T. R., Zeigler, L.H., *The Irony of Democracy - An Uncommon Introduction to American Politics*, 4th Edition, Duxbury Press, Massachusetts, 1978, p. 59-60.

<sup>19</sup> Peterson, M.D., "Thomas Jefferson, The Founders and Constitutional Change", in Barlow, J.J., Levy, L.W., Masugi, K. (edited by), *The American Founding - Essays on the Formation of the Constitution*, Greenwood Press, New York, 1998, p. 284.

representantes a Philadelphia e que tinham sido os Estados, enquanto tais, quem havia aprovado e ratificado a Constituição<sup>20</sup>. As preocupações fundamentais dos defensores desta visão do federalismo consistiam na defesa dos *States' Rights* contra o aumento das competências de actuação do governo nacional e o receio de uma progressiva tendência para a centralização de competências por parte deste último. Os fundamentos dos *States' Rights* remontariam ao próprio processo político que precedeu e conduziu à Declaração de Independência. Na verdade, para fazer face às crescentes reivindicações autonómicas dos colonos a Corôa britânica foi transferindo algumas das suas atribuições para a administração do território das várias Colónias norte-americanas. Por outro lado, tal transferência progressiva de atribuições contribuiu para a formação de um sentimento crescente de identificação dos cidadãos com as respectivas unidades administrativas, o qual conduziu ao emergir destas entidades enquanto Estados aquando da cessação do vínculo colonial.

Thomas Jefferson<sup>21</sup>, grande defensor da tutela constitucional dos direitos fundamentais, considerava que a questão da divisão de competências entre os Estados e o poder federal era um problema que relevava da própria ideia de soberania expressa na Lei Fundamental e que, nestes termos, as

---

<sup>20</sup> Glendening, P.N., Reeves, M.M., *Pragmatic Federalism - An Intergovernmental View of American Government*, op. cit., p. 52-59.

<sup>21</sup> Thomas Jefferson (1743 - 1826), advogado, diplomata, autor do texto da Declaração de Independência de 1776. Foi eleito Governador do Estado de Virginia em 1779. Entre 1785 e 1789 foi representante dos Estados Unidos junto da Corte francesa, não tendo por isso participado na Convenção Constitucional de Philadelphia. Líder do Partido Republicano, foi eleito Presidente federal em 1801, sucedendo a John Adams, tendo deste modo protagonizado a primeira transferência democrática de poder, entre dois grupos politicamente opostos, da história constitucional norte-americana. A sua eleição presidencial determinou o desaparecimento do Partido Federalista da vida política americana. Foi também o grande inspirador do texto da Constituição do Estado de Virginia, bem como ainda, após o seu segundo mandato presidencial, Reitor da Universidade deste mesmo Estado. Cfr. Dumbauld, E., *The Political Writings of Thomas Jefferson*, The Bobbs-Merril Company, Inc., Indianapolis, 1976, p. XI-XVI.



alterações às atribuições conferidas ao governo central teriam de ser precedidas por uma necessária revisão da Constituição. Aquando do debate que levou à criação do Banco Central, opôs-se frontalmente à posição de Hamilton, tendo-se demitido do governo por discórdia com a decisão do Presidente Washington de estabelecer aquela instituição. Jefferson, democrata profundo e intransigente defensor das liberdades individuais, não consentia em interpretações da Lei Fundamental que pudessem ser lesivas da esfera de competências dos Estados na medida em que superassem o limitado núcleo de atribuições que estes haviam acordado em transferir para o poder federal aquando da ratificação do texto aprovado pela Convenção de Philadelphia. À ideia de *living constitution*, que pressupunha uma larga flexibilidade na interpretação das disposições constitucionais, opunha uma perspectiva fundada na crença de que cada geração deveria proceder às alterações da Lei Fundamental<sup>22</sup> que entendesse necessárias com vista à adaptação do sistema político aos problemas específicos que se lhes deparassem respeitando, porém, os necessários procedimentos formais de revisão.

O predomínio destas duas visões radicalmente contrapostas do federalismo no período fundador foi, de algum modo, objecto de um compromisso através do aparecimento da teoria do *dual federalism*, que marcou o pensamento dominante da literatura constitucional e da jurisprudência desde o final da Guerra Civil até ao advento do *New Deal*. A perspectiva do *dual federalism* consistia na aceitação de dois tipos de entidades soberanas no interior do sistema político, os Estados e o governo nacional, estabelecendo-se para tanto uma clara demarcação das esferas de competências de cada uma destas unidades de poder. A característica principal desta teoria residia na afirmação de domínios que relevavam da competência reservada dos Estados, e que se entendiam dever ser

---

<sup>22</sup> Peterson, M.D., "Thomas Jefferson, The Founders and Constitutional Change", *op. cit.*, p. 285 - 88.

claramente demarcados das atribuições constitucionalmente conferidas ao poder federal, as quais, por seu turno, e nos termos do *Tenth Amendment*, deveriam ser objecto de uma interpretação restritiva dos órgãos jurisdicionais<sup>23</sup>. O formalismo desta concepção do *dual federalism* era também patente na preocupação com que encarava as eventuais alterações ao sistema de distribuição vertical de competências que, no seu entender, apenas poderiam ser realizadas através do processo de revisão constitucional<sup>24</sup>.

#### 1.1.2. '*cooperative federalism*'

A visão concorrencial do fenómeno da repartição de competências entre os dois níveis principais de actuação do sistema político norte-americano, que transparece em qualquer das teorias do federalismo anteriormente referidas, entrou em crise, primeiramente por via da postura assumida pelo poder político federal, na sequência do primeiro conflito mundial e, posteriormente, pelas transformações ocorridas na orientação da própria jurisprudência da *Supreme Court* no decurso da segunda metade dos anos trinta. Na verdade, a perspectiva do federalismo enquanto sistema rigidamente demarcado de atribuição de competências de actuação entre o Governo nacional e os Estados, movendo-se cada qual em esferas bem determinadas de intervenção, foi-se alterando desde o deflagrar da Primeira Guerra Mundial onde, para fazer face aos encargos financeiros decorrentes da sua participação, o governo nacional, recorreu ao uso da tax

---

<sup>23</sup> Com o *dual federalism* a *Supreme Court* supera algumas das ambiguidades que se verificavam a propósito da natureza da União e, sobretudo, as questões relativas às doutrinas da *secession*, *nullification* e *interposition* que os defensores da *state-centered theory* vinham defendendo. Neste sentido, ver o acórdão *Texas v. White*, de 1869, 19 L. Ed. 227, e a argumentação produzida por Chief Justice Salmon P. Chase.

<sup>24</sup> Glendening, P.N., Reeves, M.M., *Pragmatic Federalism - An Intergovernmental View of American Government*, op. cit., p. 58.

clause para lançar uma nova tributação sobre o rendimento. No final deste conflito, este imposto sobre o rendimento revelou-se como uma importante fonte de financiamento do poder federal permitindo-lhe lançar programas nacionais de carácter social em áreas carecidas como a agricultura, a segurança social e as obras públicas, os quais, porém, eram geridos através das estruturas administrativas dos Estados. Da necessária colaboração entre estes dois níveis de poder, que se intensifica a partir de então, surgiu o conceito de *cooperative federalism*<sup>25</sup>.

A depressão de 1929, o programa do *New Deal* que se lhe seguiu e o advento da Segunda Guerra Mundial reforçaram a tendência, que já se havia desenhado, para um dramático crescimento da intervenção do governo nacional e para uma alteração da visão tradicional das suas competências. Todavia, e como notam alguns autores<sup>26</sup>, este aumento da intervenção do poder federal não se realizou sempre a expensas das competências dos Estados tendo-se, pelo contrário, assistido a um certo incremento da actuação deste últimos em virtude das novas exigências que se lhes colocavam no cumprimento das tarefas e funções resultantes da implementação do *welfare state*. O balanço da posição relativa dos Estados e do governo alterou-se, mas sem que se deva considerar que o aumento espectacular das competências de actuação do poder federal se operou à custa de uma correspondente diminuição das atribuições estaduais. Nisto consiste a perspectiva do chamado *cooperative federalism*. Este fenómeno é, por vezes, descrito através de uma metáfora bem reveladora daquilo que se verificou na problemática da divisão de competências no sistema norte-americano e que decorre da observação de que as atribuições e competências da

---

<sup>25</sup> Grodzins, M., *The American System - A New View of Government in the United States* (edited by Elazar, D.J.), Transaction Books, New Brunswick, New Jersey, 1984, p. 41-57.

<sup>26</sup> Elazar, D.J., *American Federalism - A View From the States*, 3rd Edition, Harper & Row, Publishers, New York, 1984, p. 53.

Nação e dos Estados deixaram de ser vistas como um *layer cake*<sup>27</sup>, como acontecia com a teoria do *dual federalism*, para passarem a ser consideradas com uma espécie de *marble cake*<sup>28</sup>.

Refira-se, porém, que não se deve considerar como sendo inteiramente correcta a perspectiva defendida pelo *cooperative federalism* de um sistema em que o crescimento das atribuições nacionais é acompanhado de um alargamento das competências dos Estados, com base nos princípios de *sharing functions*<sup>29</sup> e de *partnership in action*<sup>30</sup> e onde, portanto, se exclui a ideia de que um tal aumento de competências se faz à conta de uma correspondente diminuição das prerrogativas estaduais. Efectivamente, o lançamento de programas nacionais apoiados por recursos financeiros federais, em domínios que relevavam da competência dos Estados provocou, frequentemente, problemas de conflitos de competências entre os dois ordenamentos envolvidos que, por via da relação hierárquica definida ao nível constitucional, determinaram a preempção<sup>31</sup> da intervenção estadual nessas mesmas áreas.

Para terminar, seria interessante tentar estabelecer uma ligação entre as teorias dominantes do federalismo e as principais fases que caracterizaram a evolução do pensamento jurídico norte-americano. Seguindo o entendimento proposto por Grant Gilmore, o processo de desenvolvimento do direito americano estaria compreendido em três grandes períodos: uma primeira fase que vai desde o início do século XIX até à

---

<sup>27</sup> Kettl, D.F., *The Maturing of American Federalism*, in Golembiewski, R.T., Wildavsky, A. (edited by), *The Costs of Federalism*, Transaction Books, New Brunswick, New Jersey, 1984, p. 85.

<sup>28</sup> Grodzins, M., *The American System - A New View of Government in the United States*, op. cit., p. 14.

<sup>29</sup> Grodzins, M., *The American System - A New View of Government in the United States*, op. cit., p. 10-12.

<sup>30</sup> Elazar, D.J., *American Federalism - A View From the States*, op. cit., p. 51.

<sup>31</sup> Glendening, P.N., Reeves, M.M., *Pragmatic Federalism - An Intergovernmental View of American Government*, op. cit., p. 330.; Elazar, D.J., *American Federalism - A View From the States*, op. cit., p. 54.

guerra civil; uma segunda fase que abrange o período que decorre entre o final da guerra civil e o primeiro conflito bélico mundial; e a terceira fase que se estende até aos nossos dias<sup>32</sup>. Fases estas que correspondem, temporalmente, às diferentes perspectivas que dominaram as teorias do federalismo: *competitive federalism*; *dual federalism*; *cooperative federalism*.

Como elementos marcantes das fases de desenvolvimento do sistema jurídico americano encontramos, segundo Gilmore, um primeiro período de afirmação do direito caracterizado pelo advento de uma classe profissional que se ocupa da administração da justiça, por um elevado activismo dos tribunais federais e pelo conflito sobre a adopção de um corpo uniforme de normas a nível nacional que afastasse o perigo de uma aplicação fragmentária do direito material<sup>33</sup>. O segundo período - que coincide temporalmente com a vigência da teoria do *dual federalism* - é assinalado pelo domínio do formalismo jurídico, em que o direito é entendido como ciência e os tribunais consideram o ordenamento jurídico como um sistema lógico e completo não competindo à jurisprudência uma função criadora do direito, devendo apenas limitar-se à sua declaração<sup>34</sup>. A terceira fase de evolução do pensamento jurídico americano, que se inicia no final da primeira Guerra Mundial - correspondendo ao aparecimento do referido *cooperative federalism* - caracteriza-se por uma recusa do formalismo que havia dominado o período precedente, pelo advento do chamado movimento realista que combate o mito do direito como ciência, considerando-o antes como uma ciência social, pela ideia da intervenção governativa como modo de promover o desenvolvimento económico-social - com o

---

<sup>32</sup> Gilmore, G., *Le grandi epoche del diritto americano*, ( tradução italiana do original, *The Ages of American Law*), Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 15.

<sup>33</sup> Gilmore, G., *Le grandi epoche del diritto americano*, op. cit., p. 25 - 27.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 59.

consequente aparecimento de numerosas agências regulatórias independentes -, por uma forte tendência para a chamada federalização, ou centralização, do direito e pela subalternização da função judicial ao poder legislativo e à actuação das entidades regulatórias, ainda que os tribunais tenham conhecido alguns períodos de notável activismo<sup>35</sup>.

#### 1.2. a jurisprudência recente da U.S. Supreme Court

Ao nível da jurisprudência da *Supreme Court* pode também perceber-se uma mudança de atitude no sentido do abandono de uma visão do sistema de distribuição de competências enquadrável na teoria do *dual federalism*, seguida desde o final da Guerra Civil, para um entendimento mais aberto em direcção do chamado *cooperative federalism*. Porém, esta alteração de orientação não se produziu de modo imediato o que a levou, num primeiro momento, a travar algumas das acções do *New Deal* e anular, nomeadamente, os instrumentos legislativos que criavam agências regulatórias independentes e que deveriam intervir no âmbito de certas competências que o Congresso pretendia retirar da chamada *welfare clause*. Posteriormente, e em virtude da mudança de orientação de dois dos seus membros, assistiu-se a um alinhamento<sup>36</sup> da *Supreme Court* com o programa do *New Deal* cujo ponto de viragem pode ser apreciado nos acórdãos relativos ao *Social Security Act*<sup>37</sup>.

Na verdade, durante o período inicial do *New Deal*, os poderes políticos, legislativo e executivo, enfrentaram algumas dificuldades no seu relacionamento com o poder judicial. Tais dificuldades foram devidas à atitude particularmente conservadora dos órgãos jurisdicionais, com destaque maior

---

<sup>35</sup> *Idem*, p. 83 - 88.

<sup>36</sup> Shapiro, M., Tresolini, R.J., *American Constitutional Law*, op. cit. p. 18-21.

<sup>37</sup> *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937); e *Helvering v. Davis*, 301 U.S. 619 (1937).

para a *Supreme Court*, face a um profundo movimento de mudança como o que caracterizou a governação norte-americana nas décadas de trinta e de quarenta. Através do expediente do controlo judicial da constitucionalidade a *Supreme Court* chegou mesmo a conseguir travar alguns dos maiores instrumentos de reforma que caracterizaram esta fase política. Em reacção a uma tal orientação do poder judicial, aparece nesta época a doutrina da *judicial self-restraint*, defendida por personalidades várias, oriundas das correntes liberal e democrática, que consideravam que muitos dos obstáculos jurídicos suscitados pela *Supreme Court* à adopção dos programas governativos eram, na realidade, questões que apresentavam natureza marcadamente política. Assim sendo, e atendendo ao sistema político democrático vigente e à doutrina da separação de poderes, constitucionalmente consagrada, os órgãos judiciais - cuja respectiva designação não resultava de expressão da vontade popular, como acontecia com os demais órgãos de soberania - em obediência ao princípio democrático deveriam conformar-se com as decisões adoptadas pelas instâncias do poder político, bem como com as consequências jurídicas que estas provocariam. No entendimento dos defensores da moderação de posicionamento por parte dos órgãos judiciais, tal atitude deveria ter como limite apenas os casos em que os actos dos poderes legislativo e executivo se revelassem como *arbitrary and capricious*, situações em que os tribunais se encontrariam no dever de os invalidar. Visava-se, assim, uma acentuada contenção dos fundamentos que justificavam o controlo judicial de legalidade<sup>38</sup>.

Nas últimas duas décadas a *Supreme Court* por diversas ocasiões foi solicitada para se pronunciar sobre o problema da repartição de competências entre o poder federal e os

---

<sup>38</sup> Shapiro, M., *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, The University of Georgia Press, Athens University of Georgia, 1988, p.56-58.

Estados no interior do sistema político norte-americano. Curiosamente, nem sempre o fez de um modo unívoco, deixando antes transparecer a persistência no seu seio de duas concepções claramente antagónicas quanto à posição relativa dos Estados no interior sistema do político. Questão que, como se sabe, constitui um elemento crucial na determinação da essência do federalismo. Tal clivagem de perspectivas encontrou expressão maior nos dois acórdãos que seguidamente analisaremos, *National League of Cities* e *García v. San Antonio*, os quais parecem indiciar que o problema da divisão vertical de competências se encontra ainda longe de se poder considerar como um assunto resolvido à luz da jurisprudência constitucional.

#### 1.2.1. '*National League of Cities*'

Em *The National League of Cities v. Usery*<sup>39</sup>, a *Supreme Court* foi chamada a pronunciar-se sobre a constitucionalidade de uma lei do Congresso, de 1974, que introduzia alterações ao *Fair Labor Standards Act* (FLSA), de 1938, o qual havia estabelecido uma disciplina jurídica nacional das relações de trabalho fixando, entre outros aspectos, a remuneração horária mínima e o período máximo de trabalho semanal. Através das alterações em causa, o Congresso alargou o âmbito de aplicação do regime relativo ao salário mínimo e ao horário máximo de trabalho aos funcionários das administrações estaduais, bem como das suas várias subdivisões políticas. Na verdade, na versão original do referido acto normativo excluía-se expressamente do seu campo de aplicação os empregados estaduais e infra-estaduais. Porém, já a partir de 1961, o Congresso havia começado a alargar o regime do FLSA aos funcionários estaduais, nomeadamente àqueles que exercessem a sua actividade em

---

<sup>39</sup> 426 U.S. 833 (1976).



escolas e hospitais. Estas alterações foram julgadas como conformes com as atribuições constitucionais do Congresso pelo acórdão proferido pela *Supreme Court* no processo *Maryland v. Wirtz*<sup>40</sup>, de 1968. Das alterações legislativas introduzidas em 1974 recorreu judicialmente a *National League of Cities* considerando que as mesmas violavam o equilíbrio federal da divisão de competências constitucionalmente garantido, na medida em que representavam uma usurpação da esfera de atribuições dos Estados nas situações em que actuavam investidos dessa mesma qualidade.

No acórdão proferido, a *Supreme Court* começou por afirmar que não duvida que existam limites às competências de actuação do Congresso relativamente às questões que relevem da soberania dos Estados, mesmo quando se trate de assuntos que relevem da aplicação das atribuições plenas daquele órgão em matéria de regulação do comércio federal<sup>41</sup>, como sucede com o FLSA, o qual tem por base jurídica a aludida cláusula constitucional. Na verdade, uma coisa é reconhecer a autoridade do Congresso para regular as relações comerciais dos particulares que estejam sujeitas à soberania dual do governo nacional e dos Estados a que pertençam, mas algo de completamente diferente será o exercício de uma tal competência pelo Congresso, não em relação aos particulares, mas tendo como destinatários os Estados enquanto tal<sup>42</sup>. Nestas situações, mais do que discutir a existência de competências do Congresso, deve-se ter em mente que a Constituição interdita um tal exercício de autoridade por parte do poder federal, justamente porque reconhece o papel essencial dos Estados enquanto elementos coordenadores do sistema federal<sup>43</sup>, não podendo eles serem tratados como meros factores económicos sujeitos à regulação federal do comércio inter-estadual. Refere ainda a *Supreme*

---

<sup>40</sup> 392 U.S. 183 (1968).

<sup>41</sup> 426 U.S. 833 (1976), 842.

<sup>42</sup> *Idem*, 845.

<sup>43</sup> *Idem*, 849.

Court, que se deve considerar o poder de determinar os salários e demais condições de trabalho dos seus funcionários como um indiscutível atributo da soberania dos Estados, que sempre cumpriram esta função, e como uma prerrogativa que releva da divisão essencial de competências entre os dois níveis de poder, em termos que, se tal competência fosse retirada às entidades estaduais poder-se-ia dizer que pouco lhes restaria para justificar a sua existência separada e autónoma<sup>44</sup>. Por estes motivos, a Supreme Court declarou inconstitucional<sup>45</sup> a lei que lhe foi submetida para apreciação<sup>46</sup> e afastou a jurisprudência que havia proferido no citado acórdão *Wirtz*<sup>47</sup>.

#### 1.2.2. 'Garcia v. San Antonio'

A jurisprudência que a Supreme Court havia afirmado em *National League of Cities* seria, porém, afastada com o acórdão proferido em 1985, no âmbito do processo *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*<sup>48</sup>. Neste processo a causa de pedir era em tudo idêntica à do acórdão anteriormente analisado. Em causa estava a aplicação das disposições do referido *Federal Labor Standard Act*, relativas à fixação de uma remuneração horária mínima e ao período máximo de trabalho, aos trabalhadores da *San Antonio Metropolitan Transit Authority* (SAMTA). A SAMTA era uma empresa de transportes públicos urbanos, cuja propriedade pertencia às autoridades metropolitanas da cidade de San Antonio, no Texas, desde 1959, data em que estas haviam

---

<sup>44</sup> *Idem*, 851.

<sup>45</sup> Como recorda G. Gunther, tratou-se da primeira declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal fundada na *Commerce Clause* que a Supreme Court pronunciou nos últimos quarenta anos, in, *Constitutional Law*, 12th Edition, The Foundation Press, Inc., New York, 1991, p. 157; cfr. também Shapiro, M., Tresolini, R.J., *American Constitutional Law*, op. cit., pags. 119 e 261.

<sup>46</sup> 426 U.S. 833 (1976), 852.

<sup>47</sup> *Idem*, 855.

<sup>48</sup> 469 U.S. 528 (1985).

decidido adquirir o serviço privado de transporte público urbano e constituir uma entidade encarregue da sua exploração<sup>49</sup>. Em virtude dos prejuízos acumulados na exploração deste serviço, as autoridades locais recorreram, a partir de 1970, ao financiamento previsto pelos programas federais de apoio aos transportes urbanos, estabelecido pelo *Urban Mass Transportation Act*, de 1964. Através deste financiamento a SAMTA passou a receber subsídios federais que preenchiam uma parcela importante do seu orçamento de exploração<sup>50</sup>. Após as alterações ao FLSA de 1974, a SAMTA passou a cumprir com as disposições federais relativas ao período máximo de trabalho. Com o acórdão proferido em *National League of Cities*, em 1976, a SAMTA informou os seus trabalhadores que tais disposições cessariam a sua aplicação por não serem consideradas aplicáveis a entidades que revestissem a sua natureza. Porém, a administração federal emitiu um parecer em que considerava que a actividade desenvolvida pela SAMTA não beneficiava da imunidade constitucional das disposições do FLSA<sup>51</sup>. O que levou à introdução de uma acção judicial por um funcionário, Joe Garcia, em que este solicitava o pagamento do trabalho extraordinário realizado. O *District Court* que conheceu do processo, considerou o transporte público urbano como uma actividade tradicionalmente prestada pelas autoridades locais aos seus cidadãos, estando por isso mesma abrangida pela jurisprudência de *National League of Cities*<sup>52</sup>. De tal acórdão coube à *Supreme Court* decidir em recurso.

No acórdão que proferiu, numa decisão altamente polémica no seio do seu colectivo como atesta o facto de ter sido tomada por cinco votos contra quatro<sup>53</sup>, a *Supreme Court* começa por

---

<sup>49</sup> *Idem*, 531.

<sup>50</sup> *Idem*, 532-33.

<sup>51</sup> *Idem*, 534.

<sup>52</sup> *Idem*, 535-36.

<sup>53</sup> Tanto *National League of Cities* como *Garcia v. San Antonio* foram decisões pronunciadas com um colectivo de Tribunal altamente dividido, ou seja, com cinco votos contra quatro. No seio da *Supreme Court*, o

atacar os fundamentos de *National League of Cities* na medida em que eles fariam valer a imunidade estadual, relativamente à regulação nacional, nas áreas em que se tratasse de funções tradicionais dos Estados<sup>54</sup>. Segundo o Juíz Blackmun, relator do acórdão, seria muito difícil, ou mesmo impossível, conforme demonstram toda uma série de exemplos de decisões judiciais anteriores, identificar um critério que determinasse quais seriam as funções que se deveriam considerar como pertencentes aos domínios de actuação tradicional dos Estados<sup>55</sup>. Além de que uma tal distinção seria susceptível de pôr em causa a própria transformação que as competências dos Estados têm sofrido ao longo dos tempos, alargando-se a áreas muitas vezes consideradas como pertencentes à esfera de actuação dos particulares<sup>56</sup>.

Por outro lado, a *Supreme Court* - e este afigura-se ser o aspecto mais interessante do acórdão - põe em causa a perspectiva que transparece em *National League of Cities* do papel ocupado pelos Estados no interior do sistema federal, e do alcance das competências de actuação do Congresso em matéria de regulação do comércio federal<sup>57</sup>. Na verdade, o acórdão fornece uma leitura predominantemente unitária e centralizadora da divisão vertical de competências estabelecida pela Constituição, considerando que no texto desta não existem elementos que permitam definir uma linha de demarcação das atribuições soberanas dos Estados no interior das quais seja vedada a actuação do Congresso ao abrigo da *Commerce Clause*. No seu entender, a salvaguarda da soberania dos Estados no sistema federal decorre da própria estrutura constitucional adoptada, a qual se materializa no papel que

---

factor decisivo na inversão da jurisprudência verificada no segundo destes acórdãos foi a mudança de posição do Juíz Blackmun, relator da maioria em *Garcia*, entretanto ocorrida. Cfr. Gunter, G., *Constitutional Law*, op. cit., p. 157 e também Engdahl, D.E., *Constitutional Federalism*, 2nd Edition, West Publishing Co., Minnesota, 1987, p. 388.

<sup>54</sup> 469 U.S. 528 (1985), 538.

<sup>55</sup> *Idem*, 539.

<sup>56</sup> *Idem*, 543-44.

<sup>57</sup> *Idem*, 547-49.

eles desempenham na escolha dos titulares do poder executivo, bem como na representação igualitária num dos ramos do poder legislativo, ou seja, o Senado<sup>58</sup>. Assim, através desta perspectiva orgânica da protecção dos interesses dos Estados, a *Supreme Court* considera ser este o modo mais adequado de proceder à tutela da posição destes, em vez de estabelecer limitações de carácter funcional baseadas na interpretação das atribuições do Congresso<sup>59</sup>. Como refere, a posição soberana dos Estados encontra-se melhor salvaguardada através dos mecanismos processuais relativos à definição do lugar que estes ocupam na estrutura institucional - ou seja, através da referida participação na actuação do poder central - do que por intermédio de eventuais limitações operadas pelo poder judicial na demarcação dos limites das atribuições federais<sup>60</sup>. Adoptando, deste modo, uma postura de *judicial self-restraint* na resolução dos conflitos verticais de competências. A confiança da *Supreme Court* nesta ideia da representação orgânica dos Estados apresenta-se de modo tão inabalável a

---

<sup>58</sup> *Idem*, 550-51.

<sup>59</sup> Refira-se, contudo, que esta concepção wechsleriana da tutela das competências dos Estados, identificável em *Garcia v. San Antonio*, parece não ter sido seguida num acórdão que a *Supreme Court* proferiu recentemente a propósito da constitucionalidade de uma lei do Congresso - que interditava a detenção de armas de fogo nas zonas circunstantes aos estabelecimentos de ensino - com a *Commerce Clause*: caso *United States Petitioner v. Alfonso Lopez, Jr.*, de 26 - 4- 1995, (131 L Ed 2d 626).

No seu acórdão, a *Supreme Court* rejeitou a argumentação apresentada pelo governo federal que defendia que a posse de armas de fogo nas áreas escolares constituía uma substancial ameaça para o ambiente educativo; que a perturbação do processo educativo conduziria à formação de cidadãos menos produtivos; situação que, por sua vez, afectaria o bem-estar da Nação (131 L Ed 2d 640). Para a *Supreme Court*, a argumentação do governo permitiria superar qualquer tipo de limitação às atribuições federais, inerente à ideia de *enumerated powers*, mesmo em áreas onde os Estados tradicionalmente exercem competências soberanas - como é o caso da educação e do combate à criminalidade - e converter a *commerce clause* numa espécie de cláusula atributiva de competências genéricas, que apenas os Estados detêm. Assim, a *Supreme Court* declarou que a posse de armas de fogo nas proximidades de uma escola não pode ser considerada como uma actividade económica que, em virtude da sua repetição noutros lugares, possa ser susceptível de afectar substancialmente o comércio inter-estadual (131 L Ed 2d 643).

<sup>60</sup> 469 U.S. 528 (1985), 552.

ponto de considerar que o próprio processo político assegura que as medidas legislativas que violem o limite das atribuições estaduais nunca serão promulgadas<sup>61</sup>.

A perspectiva unitária do sistema político que resulta da jurisprudência de *Garcia v. San Antonio* foi fortemente contestada no parecer dos membros do Tribunal que votaram vencidos. Na verdade, segundo o voto vencido do Juíz Powel, o qual foi seguido pelos demais colegas discordantes da posição da maioria, esta decisão altera substancialmente o equilíbrio do sistema federal tal como ele resulta da Constituição<sup>62</sup>. Assim, ele rejeita desde logo que se possa considerar a defesa dos interesses estaduais num plano meramente estrutural, pois, como se sabe, tanto os membros do Congresso, como o Presidente, apesar de serem designados por via de um sistema eleitoral que privilegia o papel dos Estados, uma vez no exercício das suas funções, actuam autonomamente enquanto agentes do poder político federal e não como representantes dos legítimos interesses dos Estados<sup>63</sup>. Nestes termos, parece óbvio que não se pode deixar para os titulares do poder político federal a decisão sobre os limites das suas próprias atribuições. Como refere Powel, os Estados desempenham uma função constitucional no sistema federal, a qual não pode ser tratada como um simples estado de graça do poder legislativo<sup>64</sup>. Por outro lado, recusar a intervenção do poder judicial na resolução dos conflitos de competências entre os Estados e o governo nacional equivale a rejeitar o entendimento do estatuto constitucional do federalismo assente na solução judicial de tais conflitos, tal como tem ocorrido ao longo de dois séculos de prática política<sup>65</sup>. Acresce que, como afirma por sua vez a Juíz O'Connor na declaração de voto, tanto o fenómeno da

---

<sup>61</sup> *Idem*, 556.

<sup>62</sup> *Idem*, 557.

<sup>63</sup> *Idem*, 564-65.

<sup>64</sup> *Idem*, 567.

<sup>65</sup> *Idem*, 560.

industrialização - que determinou a emergência de uma economia nacional plenamente integrada tendo, em consequência, provocado uma expansão considerável das atribuições do Congresso - como a passagem a um sistema de eleição directa dos membros do Senado como, ainda, o crescimento e a importância do fenómeno dos grupos de interesse no interior do sistema político norte-americano, tudo isto contribuiu para uma forte erosão da importância relativa dos Estados no seio do Congresso, a qual se encontrava presente na ideia dos fundadores da Nação<sup>66</sup>.

As críticas que decorrem do parecer dos membros vencidos da *Supreme Court* no acórdão em análise têm como denominador comum a defesa da ideia federal subjacente à lógica do sistema político americano. Como recorda o Juíz Powell, o *Tenth Amendment* foi adoptado precisamente para precaver as tentações nacionalistas dos que pretendiam eliminar os Estados enquanto entidades políticas soberanas<sup>67</sup>, e afastar deste modo a sua função de efectivo contrapeso do poder federal. A eficácia do seu conteúdo depende largamente da interpretação judicial que dele fôr realizada. Se se considerar que o seu dispositivo - que enuncia que as competências não conferidas à União são reserva dos Estados - como um simples truísmo e, se se pretender repropor a sua leitura, como parece resultar do presente acórdão, como que se o mesmo enunciasse o princípio de que os Estados retinham competências soberanas apenas nas situações em que a Constituição os não tivesse privado de tais prerrogativas e as tivesse transferido para o governo central, então permite-se que o Congresso assumia livremente as atribuições soberanas dos Estados e que os possa remeter para uma posição subalterna no interior do sistema político<sup>68</sup>. Esvaziando, assim, a garantia constitucional do seu estatuto de elemento

---

<sup>66</sup> *Idem*, 584.

<sup>67</sup> *Idem*, 568.

<sup>68</sup> *Idem*, 574-75.

coordenador deste mesmo sistema. Situação esta que se encontra agravada com o facto de a *Supreme Court* se recusar a estabelecer limites à actuação do Congresso no âmbito da *Commerce Clause*, não garantindo a autonomia estadual como um factor de referência no exercício destas prerrogativas federais. Ao recusar assumir tal atitude, contrariamente ao que havia afirmado em *National League of Cities*, a *Supreme Court* como que "lava as mãos"<sup>69</sup> do esforço de protecção da posição dos Estados no contexto de um sistema político que nas últimas décadas conheceu um crescimento insólito da regulação federal a ponto de se poder considerar ser esta a regra geral e não a excepção<sup>70</sup>, invertendo-se assim o princípio geral que decorria do espírito originário da Constituição.

\* \* \*

De onde resulta que a natureza profunda do elemento federal na Constituição norte-americana reside na contínua procura de um adequado equilíbrio entre os órgãos nacionais e estaduais, que permita uma resposta dos primeiros às novas exigências geradas pelo fenómeno do desenvolvimento económico-social das sociedades modernas, sem que tal se realize em detrimento das atribuições formais dos Estados, situação que, em termos constitucionais, se pretendeu evitar através da adopção do *Tenth Amendment*<sup>71</sup>. É neste contexto de divisão de competências entre os dois níveis maiores de emanção normativa - o poder federal e os Estados - que intervem a doutrina da preempção<sup>72</sup>. E, como se verá, esta figura não é imune às tensões que se verificam, no interior do sistema político, entre os que têm

---

<sup>69</sup> na expressão literal da Juíz O'Connor, cfr. 469 U.S. 528 (1985), 581.

<sup>70</sup> *Idem*, 587.

<sup>71</sup> Riker, W.H., *The Development of American Federalism*, op. cit., p. 30.

<sup>72</sup> Neste sentido, ver opinião do Juíz Kennedy no acórdão *Lopez* (131 L Ed 2d 650), de 1995, já citado.



uma perspectiva mais centralizadora do federalismo e aqueles que perfilham como valor básico da identidade do sistema federal a preservação das atribuições dos Estados, contra a intrusão que em tempos recentes o poder central vem fazendo nas esferas tradicionais de intervenção destes últimos, em particular, através da actuação da *Supreme Court*<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Elazar, D. J., *American Federalism - A View From the States*, op. cit., p. 174 - 177.

## 2. A doutrina da preempção no direito federal norte-americano

A preempção é uma figura originária do direito constitucional norte-americano. Nos termos do sistema político dos Estados Unidos, o poder legislativo é da responsabilidade Congresso. O Congresso exerce este poder no respeito das competências que lhe foram atribuídas pela Constituição. No entanto, e porque se trata de um ordenamento jurídico federal, caracterizado por uma repartição vertical de competências entre a União e os Estados que a integram<sup>74</sup>, deparam-se situações onde se colocam problemas de determinação do nível de actuação dessas mesmas competências.

É neste contexto que intervem a figura da preempção. Através da preempção pretende-se analisar se um determinado acto normativo estadual é admissível face à ordem jurídica federal, em termos de saber se a divisão de competências entre as duas ordens jurídicas envolvidas permite a manutenção da respectiva competência normativa do Estado em causa. Assim, a preempção refere-se a um problema de delimitação de competências<sup>75</sup> e não à questão da relação hierárquica de normas provenientes, por um lado, do sistema federal e, por outro lado, dum ordenamento jurídico estadual, a qual se resolve, nos termos do segundo parágrafo do artigo VI<sup>a</sup> da Constituição<sup>76</sup>, através da supremacia da lei nacional<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Lenaerts, K., *Le Juge et la Constitution aux États-Unis D'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, op. cit., p. 110.

<sup>75</sup> Gunther, G., *Constitutional Law*, op. cit., p. 291.

<sup>76</sup> "This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land..."

<sup>77</sup> James Madison justificava a inclusão da Supreme Clause na Constituição federal nos seguintes termos: "... the world would have seen for the first time a system of government founded on an inversion of the

Portanto, a figura preempção consiste na possibilidade de afastamento de uma determinada norma ou regulamentação estadual, por motivo de exclusão da competência desse Estado, em face do exercício dessa mesma competência pelo Congresso. A origem, bem como o domínio privilegiado de aplicação, da doutrina da preempção situa-se no âmbito da *Commerce Clause*. No entanto, a sua utilização tem sido alargada a todos os casos em que se existam medidas estaduais no quadro do exercício de uma qualquer competência federal<sup>78</sup>.

## 2.1. modalidades

Diversas são as modalidades pelas quais a figura da preempção pode ser aplicada. Pode-se dizer que o recurso a este conceito se faz, tendencialmente, em torno de uma certa tipicidade resultante da jurisprudência da *Supreme Court*. Temos, por isso, duas formas básicas de aplicação do fenómeno preemptivo: a preempção expressa e a preempção implícita. Sendo a preempção um conceito relativo à delimitação de competências entre as autoridades federais e estaduais é natural que ao Congresso, enquanto instituição dotada constitucionalmente do poder legislativo, caiba a competência para decidir explicitamente sobre o assunto. Se a intenção do Congresso a este propósito não fôr manifestada em termos expressos no seu instrumento legislativo, então competirá ao poder judicial inferir do espírito da lei qual terá sido essa mesma intenção.

---

*fundamental principles of all government; it would have seen the authority of the whole society everywhere subordinate to the authority of the parts; it would have seen a monster in which the head was the under the direction of the members*", em, *The Federalist* n° 44, in Fairfield, R. P., *The Federalist Papers*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2nd edition, 1981, p. 132.

<sup>78</sup> Tribe, L.H., *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 2nd edition, 1988, p.508.

Assim, o Congresso pode, dentro dos limites constitucionais que lhe estão assinalados, excluir expressamente a competência das autoridades estaduais para regular uma determinada questão. É a modalidade de *express preemption* que se traduz, normalmente, numa interdição explícita de qualquer intervenção normativa dos Estados naquela matéria, ou, através da afirmação do carácter exclusivo da lei federal em causa. Do mesmo modo, pode o Congresso decidir sobre a questão proibindo, no dispositivo da lei federal, qualquer interpretação preemptiva de um acto legislativo estadual com o mesmo objecto<sup>79</sup>. São as chamadas *express saving clauses*. Portanto, o efeito preemptivo da legislação federal pode ser estabelecido, ou não, de forma inequívoca pelo Congresso.

Quando o Congresso não se pronuncia expressamente sobre as implicações que os actos legislativos federais produzem sobre a actividade normativa dos Estados, serão então as instâncias jurisdicionais que deverão inferir do conteúdo dos actos federais qual a intenção do Congresso sobre a questão. Estamos, assim, no quadro da preempção implícita cujos contornos gerais de aplicação foram delineados pela jurisprudência da *Supreme Court*.

Nos termos desta jurisprudência, a preempção implícita do direito estadual, relativo à mesma área de regulamentação do instrumento federal, pode resultar quer da estrutura ou dos objectivos da lei federal - a chamada *federal occupation of the field* - quer duma situação em que o Congresso embora não pretendendo necessariamente excluir uma determinada lei estadual, esta última entra em conflito com a legislação federal - modalidade designada como *conflict preemption*. Tal conflito, por seu turno, pode ser um conflito directo entre as disposições dos dois níveis de regulamentação em presença - caso de *direct conflict* - ou uma situação em que o acto

---

<sup>79</sup> Note, *A Framework for Preemption Analysis*, The Yale Law Journal, Vol. 88: 363, 1978, p. 364-366.

estadual se coloca como um obstáculo para o cumprimento dos objectivos fixados pela lei federal - caso de *obstacle conflict*<sup>80</sup>.

A preocupação de descobrir qual a intenção do legislador, enquanto instrumento de definição da existência de uma *implied preemption clause* no texto normativo em análise, pode revelar-se um exercício algo frustrante na medida em que, muitas vezes, a intenção legislativa é ambígua, quando não mesmo inexistente. Frequentemente, os relatórios das sessões preparatórias da adopção de determinado instrumento legal incluem elementos que permitem indiciar intenções, simultaneamente preemptivas e não-preemptivas das disposições estaduais, permitindo que ambos os advogados, das partes contrapostas num processo judicial, apresentem citações dos excertos que melhor sustentem a respectiva argumentação<sup>81</sup>. Acresce ainda que, em virtude do processo político de negociação a que estão sujeitos os actos normativos do Congresso, os compromissos políticos alcançados determinam, por vezes, uma formulação ambígua da intenção preemptiva do legislador na versão final do acto adoptado<sup>82</sup>.

Vejamos, sumariamente, de que modo o poder judicial tende a inferir as situações de preempção implícita. Sem dúvida que os problemas mais complexos se colocam no âmbito dos casos de *occupation of the field*. A jurisprudência, para identificar estas situações recorre normalmente a critérios<sup>83</sup> assentes

---

<sup>80</sup> Tribe, L.H., *American Constitutional Law*, op. cit., p. 481, nota nº14.

<sup>81</sup> Rothschild, D.P., *A Proposed "Tonic" with 'Florida Lime' to Celebrate our New Federalism: How to Deal with the "Headache" of Preemption*, *University of Miami Law Review*, Vol. 38: 829, 1984, p. 844.

<sup>82</sup> *Id.* p. 849.

<sup>83</sup> A este propósito, a formulação que a *Supreme Court* proferiu em *Rice* constitui um elemento de referência de toda a jurisprudência sobre o assunto: "*The question in each case is what the purpose of Congress was. Congress legislated here in a field which the States have traditionally occupied. So we start with the assumption that the historic police powers of the States were not to be superseded by the Federal Act unless that was clear and manifest purpose of Congress. Such a purpose may be*

quer no nível de profundidade e detalhe da legislação federal da qual seja legítimo deduzir que não é deixado nenhum espaço para qualquer outro tipo de medidas suplementares; quer no facto de se tratar de áreas de legislação em que o interesse federal se apresenta de forma tão claramente dominante que se considera que as disposições provenientes do sistema jurídico nacional precludem a aplicação de medidas estaduais com o mesmo objecto; ou, ainda, porque tal propósito pode decorrer dos objectivos que a lei federal se propõe alcançar, ou do tipo de obrigações que ela impõe para realizar esses mesmos objectivos.

Porém, nos casos em que os tribunais declaram que se verifica a preempção do direito estadual sobre uma matéria objecto de intervenção normativa por parte do Congresso, com a justificação de que o interesse federal se apresenta de tal forma dominante que se considera que as disposições nacionais precludem a aplicação de quaisquer outras, a simples verificação da existência de um tal tipo de interesse também não bastará para afastar, por si só, as normas emanadas pelas autoridades dos Estados. Na verdade, os Tribunais deverão ainda decidir sobre se a acção do Estado em causa se encontra dentro da categoria de actuações que são, supostamente, objecto de preclusão em virtude da prevalência do referido interesse federal dominante<sup>84</sup>.

Nos casos de *conflict preemption*, a jurisprudência considera que, mesmo que o Congresso não tenha substituído por completo

---

*evidenced in several ways. The scheme of federal regulation may be so pervasive as to make reasonable the inference that Congress left no room for the States to supplement it. Or the Act of Congress may touch a field in which the federal interest is so dominant that the federal system will be assumed to preclude enforcement of state laws on the same subject. ... Likewise, the object sought to be obtained by the federal law and the character of obligations imposed by it may reveal the same purpose ...*", *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), p. 230.

<sup>84</sup> Rothschild, D.P., *A Proposed "Tonic" with 'Florida Lime' to Celebrate our New Federalism: How to Deal with the "Headache" of Preemption*, op. cit., p. 851.

a regulamentação estadual numa determinada área, esta última pode ser objecto de preempção pela lei federal na medida em que se encontre numa situação de conflito. Verifica-se uma situação de conflito directo quando seja fisicamente impossível dar cumprimento às situações previstas por ambas as disposições jurídicas em causa<sup>85</sup>. Nos casos de conflito indirecto, considera-se que a lei federal produz um efeito preemptivo sobre as disposições estaduais sempre que estas últimas se colocarem como obstáculo à execução plena das finalidades do Congresso<sup>86</sup>.

A doutrina constante do acórdão *Hines*, que determina a preempção do direito estadual sempre que este se coloque como obstáculo ao cumprimento e execução plena das finalidades e objectivos insítos no acto normativo do Congresso, suscita todavia algumas apreensões. Na verdade, este tipo de análise permite aos tribunais fácil manipulação dos instrumentos normativos estaduais sempre que pretendam alcançar um determinado sentido decisório nos processos sobre que lhes cumpra decidir. Por outro lado, nas situações em que o poder judicial não manifeste grande simpatia pelo direito estadual em causa, ser-lhe-à mais fácil, recorrendo a uma técnica interpretativa que utilize um elevado grau de abstracção, delinear situações de conflito potencial entre as normas jurídicas provenientes dos dois ordenamentos em confronto<sup>87</sup>.

Apesar de na jurisprudência que a *Supreme Court* proferiu sobre o efeito preemptivo da legislação federal se encontrar um núcleo de citações standard<sup>88</sup> de acórdãos relativos a esta problemática, que poderiam fazer crer que se estaria em presença de verdadeiras fórmulas aplicáveis cada vez que os

---

<sup>85</sup> *Florida Lime & Avocado Growers, Inc. v. Paul*, 373 U.S. 132 (1963)

<sup>86</sup> *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52 (1941).

<sup>87</sup> Rothschild, D.P., *A Proposed "Tonic" with 'Florida Lime' to Celebrate our New Federalism: How to Deal with the "Headache" of Preemption*, op. cit., p. 854.

<sup>88</sup> Gunther, G., *Constitutional Law*, op. cit., p. 300, nota n° 3.

tribunais norte-americanos se confrontam com questões de preempção, esta matéria não pode ser colocada numa perspectiva tão redutora. Na verdade, as decisões judiciais em matéria de preempção são decisões elaboradas atendendo à singularidade das questões que se deparam em cada processo. A figura jurídica da preempção é, por natureza, uma figura de aplicação casuística<sup>89</sup>. As generalizações que se façam neste domínio têm como pressuposto de validade o facto de cada caso suscitar problemas diferentes e responder perante leis federais distintas. A solução que se pretenda alcançar dependerá largamente da elaboração doutrinária que se faça do acto legislativo federal em causa bem como dos seus próprios trabalhos preparatórios<sup>90</sup>.

Com efeito, sendo a aplicação da figura da preempção uma realidade estritamente dependente da técnica de construção normativa que rodeou o acto federal, este facto faz com que a *Supreme Court*, frequentemente, prefira analisar as situações conflituais que se lhe deparam recorrendo à doutrina da preempção, do que pronunciar-se directamente sobre questões que apresentam carácter constitucional, como por exemplo a violação das competências conferidas ao poder federal ao abrigo da *commerce clause*<sup>91</sup> ou da *necessary and proper clause*<sup>92</sup>. Ainda que a doutrina da preempção encontre a sua

---

<sup>89</sup> Rothschild, D.P., considera que a *Supreme Court* não desenvolveu uma fórmula única para a resolução dos litígios onde se coloquem problemas de preempção do direito estadual, op. cit. p. 833; e citando Chief Justice Burger em *Goldstein v. California* (412 U.S. 546 (1973)), observa que "no simple formula can capture the complexities of this determination; the conflicts which may develop between state and federal action are as varied as the fields to which congressional action may apply".

<sup>90</sup> Cohen, W., *Congressional Power to Define State Power to Regulate Commerce: Consent and Pre-emption*, in Sandalow, T. - Stein, E. (edited by), *Courts and Free Markets - Perspectives from the United States and Europe*, Volume II, Clarendon Press - Oxford, 1982, p. 544.

<sup>91</sup> Sandalow, T.- Stein, E., *On The Two Systems: An Overview*, in *Courts and Free Markets - Perspectives from the United States and Europe*, Volume I, Clarendon Press - Oxford, 1982, p. 34.

<sup>92</sup> Rothschild, D. P., *A Proposed "Tonic" with 'Florida Lime' to Celebrate our New Federalism: How to Deal with the "Headache" of Preemption*, op. cit., p. 843.



validade jurídica no princípio constitucional da supremacia do direito federal, a sua aplicação judicial deve ser entendida como uma situação de controlo infra-constitucional<sup>93</sup> da legalidade cujos parâmetros se situam, por um lado, numa disposição normativa nacional e, por outro lado, num instrumento normativo estadual. Do que resulta uma flexibilidade acrescida na apreciação jurisdicional da compatibilidade da legislação estadual com o ordenamento jurídico federal.

## *2.2.tendências*

O carácter casuístico da aplicação da doutrina da preempção não nos deve, porém, deixar concluir que esta figura tenha uma aplicação neutra, ou seja, que se encontra desprovida de quaisquer elementos valorativos. Sendo a preempção um modo de composição de interesses, no plano da aplicação do direito, entre o sistema federal e o ordenamento dos Estados, natural será que a jurisprudência deixe transparecer, nas decisões que profere, a sua sensibilidade dominante, no decurso do tempo, em relação à sua perspectiva do sistema federal.

Assim, pode-se apontar até meados da década de 30 como toda uma época em que a Supreme Court manifestou uma abertura preferencial em relação à defesa dos interesses estaduais e ao conseqüente sacrifício dos objectivos estabelecidos pela legislação federal, tornando mais difíceis as condições em que se fazia operar a preempção das competências dos Estados. Durante este período, a jurisprudência transferiu para o Congresso a responsabilidade principal em matéria de preempção. Esta atitude reflectiu-se numa quase limitação do fenómeno preemptivo às situações de conflict entre o direito

---

<sup>93</sup> Cfr. Borrajo Iniesta, I. , *Federalismo y unidad económica - La cláusula de comercio de la Constitución de EE.UU.*, Instituto Nacional de Administracion Publica, Madrid, 1986, p.111.

federal e o direito de um Estado, bem como na aplicação restritiva da chamada *occupation of the field* a qual se limitava apenas aos casos onde se revelasse possível inferir de modo claro tal intenção específica do Congresso. No fundo, existiria como que uma espécie de presunção jurisprudencial em favor das normas estaduais<sup>94</sup>.

Acompanhando de certo modo as concepções dominantes relativas ao papel do Estado, a *Supreme Court* inverteria, a partir de finais dos anos trinta e prolongando-se pelas décadas seguintes, o seu entendimento do fenómeno preemptivo em benefício de uma formulação da doutrina da preempção considerada como *federal-directed*. Esta concepção do alcance da preempção reflecte, de algum modo, uma adequação do poder judicial às novas funções do sistema federal iniciadas com a política do chamado *New Deal*. A doutrina da preempção é pela primeira vez aplicada em favor de actos normativos do Congresso que não relevavam das competências que lhe haviam sido conferidas pela *Commerce Clause*<sup>95</sup>. A modalidade da *occupation of the field* beneficia de maior utilização judicial através de uma definição mais larga dos critérios que presidem à sua aplicação<sup>96</sup>. Também nas situações de *conflict preemption* emerge uma interpretação que alarga a sua aplicação aos casos de *potencial conflict*<sup>97</sup>. No fundo, a mudança de orientação da *Supreme Court* traduz-se no assumir de uma forma mais empenhada a função de autoridade preemptiva, reforçando deste modo a protecção do interesse nacional<sup>98</sup> no contexto das relações verticais de competências.

---

<sup>94</sup> Note, *The Preemption Doctrine: Shifting Perspectives on Federalism and the Burger Court*, *Columbia Law Review*, Vol. 75: 623, 1975, p. 627.

<sup>95</sup> No acórdão *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52 (1941), referente a uma lei do Congresso relativa ao registo de estrangeiros (*Alien Registration Act*, de 1940)

<sup>96</sup> Acórdão *Rice*, já citado.

<sup>97</sup> *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497 (1956).

<sup>98</sup> Note, *The Preemption Doctrine: Shifting Perspectives on Federalism and the Burger Court*, *Columbia Law Review*, Vol. 75: 623, 1975, p. 639.

A orientação pró-centralista foi-se atenuando a partir do início da década de setenta, como reflexo também das alterações ocorridas na composição dos juizes da *Supreme Court*. A sua jurisprudência voltou, então, a demonstrar maior relutância em proferir decisões que pudessem afectar a soberania normativa dos Estados, deixando tal função para o Congresso no exercício do seu poder legislativo<sup>99</sup>. Esta moderação na aplicação da doutrina da preempção<sup>100</sup> é visível na cautela com que a *Supreme Court* decide as questões que colocam casos de *conflict preemption*, rejeitando a exclusão dos actos normativos estaduais nas situações de conflito potencial<sup>101</sup>, protegendo as intervenções estaduais que regulem aspectos de marcado interesse local e exigindo que se verifiquem verdadeiras situações de violação da lei federal para decidir no sentido da exclusão das competências estaduais. Também nos casos de *occupation of the field*, se nota maior contenção no modo como se presume a intenção federal de precluir a competência dos Estados, exigindo-se uma clara demonstração de vontade<sup>102</sup>, da parte do Congresso, no dispositivo do acto federal.

Para além das situações em que uma tal demonstração de vontade se verifica, a *Supreme Court* tem evidenciado alguma renitência em colocar os preceitos de direito estadual dentro da área objecto de *occupation of the field*, fazendo operar no quadro desta modalidade preemptiva como que uma espécie de presunção contra a preclusão da competência normativa dos

---

<sup>99</sup> Tribe, L.H., *American Constitutional Law*, op. cit., 1988, p. 480.

<sup>100</sup> Engdahl opera uma distinção sobre esta transformação do tratamento jurisprudencial da figura da preempção entre o que considera a doutrina clássica, que recorria prevalentemente à *occupation of the field* pelo direito federal, e a moderna doutrina da preempção que se pauta por uma atitude caracterizada por uma maior moderação. cfr. Engdahl, D. E., *Constitutional Federalism*, op. cit., p. 335-350.

<sup>101</sup> *New York State Department of Social Services v. Dublino*, 413 U.S. 405 (1973).

<sup>102</sup> *Arkansas Electric Co-op. V. Arkansas Public Service Comm'n*, 461 U.S. 375 (1983).

Estados<sup>103</sup>. Na verdade, esta presunção pode-se considerar justificável dado que numa tal situação não existe, de facto, qualquer dispositivo legal, emanado a nível federal, que contrarie o preceito de direito estadual em causa, caso em que se recorreria então à figura técnica da *conflict preemption*. Em consequência, se se determinar a preempção de tais medidas estaduais, tal decisão implicará que aquele aspecto particular objecto da regulação estadual, ficará, neste caso, privado de qualquer tipo de previsão normativa, tanto ao nível federal como no plano estadual<sup>104</sup>.

Assim, a preocupação dominante da *Supreme Court* ao longo das duas últimas décadas na aplicação da doutrina da preempção, tem sido a de procurar conciliar uma jurisprudência não restritiva do exercício legítimo do poder federal com a possibilidade conferida aos Estados de poderem exercer competências normativas nos casos em que estas mesmas não tenham sido objecto de actuação ao nível central. Esta orientação visa manter o equilíbrio de atribuições entre as partes envolvidas no sistema político federal, ou seja, as instâncias nacionais e os Estados. Por outro lado, evidencia uma postura menos activista do papel do poder judicial, devolvendo ao Congresso a iniciativa de precluir as competências normativas dos Estados<sup>105</sup> e evitando a utilização das modalidades doutrinárias que, sendo preemptivas das atribuições estaduais, conferem à *Supreme Court* uma função que, no quadro clássico da separação de poderes seguido pela Constituição dos Estados Unidos, releva do exercício da função legislativa.

---

<sup>103</sup> Note, *The Burger Court and Preemption Doctrine: Federalism in the Balance*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 60: 1233, 1985, p. 1237.

<sup>104</sup> Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, *Constitutional Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1st Edition, 1986, p. 319.

<sup>105</sup> Note, *The Burger Court and Preemption Doctrine: Federalism in the Balance*, op. cit., p. 1254.

### 2.3. Interfield Conflicts

Um outro problema que se coloca relativamente à aplicação do entendimento tradicional da doutrina da preempção é o facto desta ter sido concebida em vista de situações em que os conflitos emergiam dentro do mesmo domínio de intervenção normativa dos dois níveis principais de regulação presentes na orgânica do Estado federal. E, portanto, uma vez estabelecida a sobreposição de regulações bastaria aplicar as técnicas que a doutrina da preempção oferece para estabelecer, ou não, um juízo sobre o efeito preemptivo das disposições federais. Porém, na prática tal situação nem sempre se verifica, ou seja, os pressupostos materiais de aplicação da doutrina da preempção por vezes não se apresentam com a lineariedade e simplicidade que o enunciado teórico da doutrina descreve. Na verdade, são frequentes as situações em que o conflito se processa entre uma lei federal que tem por objecto material um determinado assunto e, uma outra lei estadual, que visa regular uma questão completamente diversa. Tais situações em que, a propósito de instrumentos normativos que visam regular aspectos distintos mas em que num aspecto particular se verifica a intersecção das previsões normativas, em que as mesmas se apresentam como tendencialmente inconciliáveis, podem ser designadas como *interfield conflicts*<sup>106</sup>.

Este tipo de conflitos apresentam, aliás, um enorme potencial de crescimento na medida em que se tem assitido, ao longo das últimas décadas, a um alargamento considerável das funções do Estado federal, sobretudo através da criação de agências administrativas a quem são confiadas competências regulatórias nas áreas de maior impacto social - fenómeno que

---

<sup>106</sup> Note, *Preemption in the Age of Local Regulatory Innovation: Fitting the Formula to a Different Kind of Conflict*, Texas Law Review, Vol 70: 1831, 1992, p. 1832.

pode ser designado como *administrative State*<sup>107</sup> - e, por outro lado, os Estados tendem a acompanhar o maior intervencionismo regulatório federal através de um correspondente alargamento da sua função regulatória. Em consequência deste aumento de esforço regulatório dos poderes públicos os grupos de interesse representativos das organizações empresariais tendem a desenvolver estratégias de actuação que passam por uma invocação frequente da *Supremacy Clause*, como modo de evitarem o cumprimento dos requisitos que localmente são impostos ao desenvolvimento da sua actuação, pressionando deste modo em favor da preempção de tais medidas normativas estaduais<sup>108</sup>.

Donde resulta a necessidade de usar de maior prudência na resolução deste tipo de situações conflituais. Note-se, por exemplo, que dificilmente se poderá recorrer à chamada preempção expressa na medida em que seria improvável que o Congresso tivesse podido prever uma tal tipo de conflitualidade normativa que o levasse a precluir aspectos regulatórios dos Estados relativos a outros domínios de intervenção. Do mesmo modo, afigura-se inaplicável um juízo fundado na *federal occupation of the field* visto que, pela própria natureza das coisas, é impensável que o poder legislativo federal tenha ocupado através daquele seu acto - que supostamente apresenta um carácter compreensivo de toda uma área de regulação - um aspecto que releva de um domínio de intervenção completamente diverso. O recurso à fórmula de *obstacle conflict* deixa também entrever o mesmo tipo de objecções da técnica anterior, apesar de ser esta a figura que mais frequentemente o poder judicial utiliza nas

---

<sup>107</sup> entendido como a política do Congresso de estabelecer agências administrativas dotadas de poderes regulatórios e que visam a implementação de objectivos de interesse público nacional. cfr. Note, *New Federalism and "Occupation of the Field": Failing to Maintain State Constitutional Protections Within a Preemption Framework*, Washington Law Review, Vol. 64:721, 1989, p. 722.

<sup>108</sup> Majone, G., *Deregulation or Re-Regulation? Policymaking in the European Community Since the Single Act*, EUI Working Paper SPS N° 93/2, p. 17.

situações de *interfield conflicts*. Na verdade, o problema que se põe reside no facto de que se os conflitos se processassem na mesma área haveria sempre uma regulação aplicável, diferentemente das situações deste tipo em que pelo facto de uma medida estadual frustrar a realização do objecto definido pelo Congresso tal implica que aquele preciso aspecto da regulação estadual ficará desprovido de intervenção normativa<sup>109</sup>. Razões que impõem uma análise mais rigorosa nestes casos de *interfield conflicts* e um juízo mais estreito na aplicação a estas situações da doutrina da preempção .

#### 2.4. A crítica do 'New Federalism'<sup>110</sup>

Os críticos de uma perspectiva centralizadora das competências de actuação do governo federal em detrimento do seu exercício pelos Estados ou pelas instâncias de poder local - que desde o início da década de setenta convergiram na tendência que se reclama do "New Federalism"<sup>111</sup> -

---

<sup>109</sup> Note, *Preemption in the Age of Local Regulatory Innovation: Fitting the Formula to a Different Kind of Conflict*, Texas Law Review, Vol 70: 1831, 1992, p. 1837 - 40.

<sup>110</sup> Em termos políticos, o *New Federalism* corresponde à reacção ao espírito centralizador dos anos sessenta e ao consequente aumento da área de intervenção do poder federal, situação que encontrou a sua máxima expressão na administração Johnson. Tal como o seu introdutor no discurso político o apresentou, Richard Nixon, este movimento visaria restaurar os poderes dos Estados bem como das demais unidades locais. Estes princípios constituíram uma referência política importante na actuação presidencial de Ronald Reagan, o qual deu grande ênfase à necessidade de reforçar os *states rights*. Cfr. Elazar, D. J., *American Federalism - A View From the States*, op. cit., p. X. Porém, o *New Federalism* não deve ser entendido como um retorno à fase do *dual federalism*, mas antes como uma forma de perspectivar pela positiva a doutrina dos *states rights*, englobando-se deste modo na área do chamado *cooperative federalism*. Cfr. Glendening, P.N., Reeves, M.M., *Pragmatic Federalism - An Intergovernmental View of American Government*, op. cit., p. 62.

<sup>111</sup> O chamado *New Federalism* transporta consigo uma "redescoberta" das Constituições dos Estados, por parte das jurisdições estaduais, sobretudo em matéria de protecção dos direitos fundamentais, a qual pode afectar o alcance tradicional da doutrina da preempção. Recorde-se que é entendimento pacífico que a *federal preemption* se exerce sobre todo o direito estadual, seja este de nível constitucional ou infra-constitucional. Sobre a redescoberta das Constituições estaduais e as

consideram a doutrina da *federal preemption* como um dos obstáculos maiores à devolução do exercício de competências aos Estados<sup>112</sup>. No entendimento destes, a doutrina da preempção impediria os Estados de assegurarem um nível de protecção suficiente dos interesses vitais dos seus cidadãos, nas áreas em que exerciam tradicionalmente funções político-normativas de entidades soberanas, tais como, a saúde, ambiente, energia, transportes, segurança e protecção social.

Na opinião dos defensores do chamado "*New Federalism*", o problema da doutrina da *federal preemption* situa-se também ao nível da discricionariedade conferida ao poder judicial na resolução de litígios em que se configurem conflitos de competências, sendo que estes processos são por vezes decididos mais na base das convicções políticas e sociais dos magistrados do que no seguimento de critérios jurídicos de aplicação uniforme<sup>113</sup>. O objectivo da aplicação da doutrina da preempção deveria ser o de conseguir um modo de harmonizar o problema básico de garantir um nível elevado de protecção jurídica dos cidadãos, conciliando os poderes de regulação federal e estadual. Não se trataria, pois, de impedir o governo central da faculdade de uma intervenção regulatória nas áreas de actuação tradicional dos Estados, mas sim de evitar que a adopção de normas federais tivesse por consequência a exclusão das medidas estaduais que, de facto, complementam o conteúdo das disposições normativas emanadas a nível nacional.

A ideia seria, pois, adoptar uma metodologia de interpretação das disposições federais e estaduais concorrentes que

---

suas possíveis consequências em matéria de preempção ver: Note, *New Federalism and "Occupation of the Field": Failing to Maintain State Constitutional Protections Within a Preemption Framework*, *Washington Law Review*, Vol. 64:721, 1989, p. 728-9.

<sup>112</sup> Rothschild, D.P., *A Proposed "Tonic" with 'Florida Lime' to Celebrate our New Federalism: How to Deal with the "Headache" of Preemption*, op. cit., p. 830.

<sup>113</sup> *Id.*, p. 833.



consistisse na realização de um *dual compliance test*, ou seja, um duplo exame de cumprimento. Assim, sempre que fosse possível demonstrar que se poderiam cumprir simultaneamente os requisitos impostos pelas disposições federais e aqueles emanados a nível estadual, então, tal constatação bastaria para concluir que não existiria incompatibilidade funcional entre os dois níveis de regulação e que, portanto, não seria necessário determinar a preempção do direito estadual. Deste modo, estabelecer-se-ia como que uma presunção contra o efeito preemptivo do direito federal, nos domínios que relevassem das competências tradicionais dos Estados.

No fundo, esta solução equivaleria a adoptar a jurisprudência que a *Supreme Court* proferiu no acórdão *Florida Lime*<sup>114</sup> - onde considerou que, com excepção dos casos em que a legislação federal determina a preempção explícita de certo tipo de medidas estaduais, seria de excluir a existência de conflito sempre que fosse possível demonstrar a possibilidade de dar cumprimento ao postulado em ambas as intervenções normativas - como modalidade básica de implementação dum juízo preemptivo. Com a particularidade, porém, de a solução proposta determinar uma inversão do ónus da prova em termos que, caberia àqueles que invocassem a preempção do direito estadual, fazer a respectiva demonstração judicial da impossibilidade de se poder cumprir com ambas as disposições regulatórias.

Tratar-se-ia, portanto, de um teste que as instâncias judiciais aplicariam às situações em que se discutisse sobre o alcance do efeito preemptivo de disposições federais relativamente a medidas estaduais que estabelecessem aspectos regulatórios suplementares. Na realidade, o grande interesse desta proposta é o de que a mesma não põe em causa a

---

<sup>114</sup> *Florida Lime & Avocado Growers, Inc. v. Paul*, 373 U.S. 132, (1963), p. 141, "such an actual conflict exists between the two schemes of regulation that both cannot stand in the same area".

competência regulatória do governo federal. Pretende apenas que esta mesma competência não seja utilizada em detrimento das atribuições que os Estados tradicionalmente beneficiavam em determinadas áreas e, sobretudo, visa assegurar que os cidadãos dos Estados que revelem maior sensibilidade para as questões em causa possam beneficiar de níveis de protecção mais elevados. No fundo, tal equivaleria a dizer que as entidades federais definiriam uma base nacional regulatória e que os Estados seriam livres de introduzir medidas normativas suplementares que estabelecessem níveis de protecção superiores aos estipulados no plano federal, desde que não criassem situações de incompatibilidade material ou funcional, caso em que tais medidas seriam objecto de preempção.

Este entendimento permitiria, por exemplo, que naquelas situações em que o Congresso pretende operar a chamada *federal occupation of the field*<sup>115</sup>, não fosse vedada aos Estados toda e qualquer intervenção normativa relativamente ao conjunto das situações cobertas na mesma área, mas apenas naqueles aspectos que tenham sido objecto de intervenção federal. Esta solução seria, aliás, aquela que melhor se coadunaria com o princípio estabelecido no *Tenth Amendment* da Constituição norte-americana<sup>116</sup>, nos termos do qual, todas as competências não conferidas ao Congresso relevam da soberania dos Estados.

---

<sup>115</sup> A *occupation of the field doctrine* é, aliás, o alvo principal das críticas dos defensores do *New Federalism*. Essas críticas centram-se, sobretudo, nas situações em que se considera que o direito federal ocupou uma determinada área de actuação, sendo que neste âmbito se encontram preceitos constitucionais dos Estados, nomeadamente, em matéria de direitos fundamentais. Nestes casos, os apoiantes do *New federalism* invocam que se deve operar uma excepção ao alcance da *occupation of the field*, sem contudo pôr em causa a supremacia do direito federal. Ver Note, *New Federalism and "Occupation of the Field": Failing to Maintain State Constitutional Protections Within a Preemption Framework*, *Washington Law Review*, Vol. 64:721, 1989, p. 737.

<sup>116</sup> "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people." (1791).

No fundo, tratar-se-ia de caminhar para uma solução em que se apurasse uma fórmula de aplicação judicial unitária na determinação do efeito preemptivo das disposições normativas federais. As vantagens de uma tal solução seriam múltiplas: desde logo, evitar-se-ia a delicada tarefa consistente em determinar os propósitos ou intenções do legislador federal aquando da adopção dos actos em causa, aspecto que se tem revelado como o mais permeável a situações de manipulação judicial da definição das finalidades dos instrumentos normativos; depois, e como já se disse, garantir-se-ia um nível mais elevado de protecção dos interesses dos cidadãos dos Estados através da faculdade que a estes seria concedida de definir aspectos suplementares da regulação federal, caso não criassem situações de conflito directo; por fim, permitir-se-ia que cada nível de governo maximizasse o seu nível de eficiência política, sem pôr em causa os fundamentos da distribuição vertical de competências, na medida em que ao poder federal estaria sempre salvaguardada a possibilidade de intervir para afastar expressamente determinadas normas estaduais ou, no limite, o conjunto de medidas emanadas pelos Estados.

### 3. A preempção no âmbito do Direito Administrativo

#### 3.1. As agências administrativas e a emergência do Direito Administrativo americano.

O Direito Administrativo norte-americano compreende, fundamentalmente, os procedimentos relativos à actuação das agências administrativas, nas suas diferentes dimensões de carácter regulatório, de tipo judicial e da sua actividade puramente executiva, bem como a submissão ao controlo judicial dos actos destas entidades promovido pelas instâncias jurisdicionais federais. Na linha da tradição anglo-saxónica da *common-law*, nos Estados Unidos negou-se durante longo tempo a existência de um ramo autónomo do Direito que se pudesse considerar como *the american administrative law*. Na verdade, o pensamento liberal dominante, que moldava as concepções relativas à salvaguarda das liberdades individuais, via na *rule of law* o principal instrumento de defesa dos cidadãos contra a ingerência do Estado e recusava a perspectiva romano-continental que permitia ao Estado de fruir de um núcleo separado do Direito, o qual beneficiava também de um corpo de jurisdições próprias que proviam à sua implementação. Os liberais anglo-saxónicos recusavam a concessão deste estatuto especial, de que o Estado gozava nas suas relações com os particulares, e consideravam que apenas na medida em que se considerasse o Estado no mesmo plano dos demais cidadãos se poderia assegurar a existência de um tratamento isento de privilégios por parte da administração e dos tribunais e a plena submissão daquele ao princípio da legalidade<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup> Shapiro, M., *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, The University of Georgia Press, Athens University of Georgia, 1988, p.36-37.

Porém, o incremento do aparelho burocrático do Governo nacional, cujo primeiro passo foi o estabelecimento em 1888 da *Interstate Commerce Commission*, a primeira agência independente dotada de poderes regulatórios, o qual posteriormente conheceu o seu auge durante o período do chamado *New Deal*, fase em que se verificou uma autêntica explosão da burocracia federal, com a criação de numerosas entidades administrativas, com o objectivo de retirar o país da recessão e de vencer as batalhas várias com que se confrontavam na época os Estados Unidos, e o consequente aumento das áreas de intervenção do poder central, reclamaram uma nova orientação em matéria da formulação de um conjunto de normas jurídicas que enquadrassem a relação da administração com os particulares e que definissem os procedimentos básicos pelos quais as agências federais deveriam pautar a sua actividade.

É assim que, em virtude das implicações administrativas da aplicação do programa do *New Deal*, se assiste à preocupação de enunciar um conjunto de princípios que regulassem a actividade das agências federais e do qual resultaria o aparecimento de um verdadeiro e próprio Direito Administrativo. No entanto, o surgimento deste novo ramo jurídico não se deve tanto a uma preocupação formalista de dotar a Nação com instrumentos legislativos com esse propósito, mas resulta antes da reunião de um conjunto de procedimentos seguidos pelas agências na execução de um das vertentes da sua actividade, qual seja, a da realização de funções de tipo judicial. Na verdade, as agências a partir deste período foram exercendo crescentemente funções de tipo judicial, destinadas a solucionar os litígios emergentes com particulares ou empresas em resultado da sua actuação. Das decisões destes procedimentos existia como que uma espécie de apelo para os dirigentes mesmas destas entidades, sendo que estas últimas decisões administrativas, por seu turno, se

encontravam sujeitas a um controlo de legalidade por parte dos tribunais federais<sup>118</sup>.

Como resultado da experiência adquirida pelas agências administrativas no desempenho deste tipo de atribuições, e atenta a necessidade de assegurar que o crescimento do aparelho burocrático não provocasse comportamentos ilegais por parte da administração, o Congresso adoptou em 1946 o *Administrative Procedure Act* (APA). Embora o APA não pretenda ser, nem o seja na realidade, um código administrativo, ele marca o definitivo aparecimento de um Direito Administrativo nos Estados Unidos<sup>119</sup>. Como se referiu, o APA baseia-se nos procedimentos praticados até então pelas agências administrativas, procurando sobretudo legitimar esses mesmos procedimentos. Desta transposição de um conjunto de práticas administrativas para um acto legislativo, resulta que este apresenta um carácter incompleto e apenas residual. Na verdade, o Direito Administrativo norte-americano encontra-se disperso por centenas de diplomas legislativos. O APA é um apenas um diploma residual aplicável nas situações em que o Congresso não tenha previsto disposições administrativas específicas nos instrumentos legislativos que estabeleçam a criação de novas agências<sup>120</sup>.

### *3.1.1. poder regulatório das agências administrativas*

Uma outra dimensão fundamental da actividade das agências, a qual respeita à sua produção normativa no âmbito das competências regulatórias de que estão investidas, permanecia em pleno período do *New Deal*, todavia, sem qualquer tipo de

---

<sup>118</sup> Bermann, G.A., *Administrative Law*, in Clark, D.S., Ansary, T., *Introduction to the Law of the United States*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1992, p. 98.

<sup>119</sup> Shapiro, M., *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, op. cit., p. 76.

<sup>120</sup> *Idem*, p. 55.

enquadramento legislativo no tocante ao modo do seu exercício. As atribuições regulatórias<sup>121</sup> destas entidades administrativas decorrem, normalmente, do acto do Congresso que as estabelece, no quadro do prosseguimento de uma determinada política federal, e que lhes confere, com esse mesmo propósito, um *rule-making power*. Estas atribuições regulatórias das agências, também designadas como sub-legislação ou legislação delegada<sup>122</sup>, são competências que veêm a sua autoridade directamente derivada do referido acto do Congresso e que, por este mesmo facto, implica que toda a produção normativa emanada deva ser conforme com os princípios gerais fixados pelo referido acto institutivo do poder legislativo.

O problema que se punha era o de que as agências, embora exercendo intensamente esta função normativa, o faziam de um modo completamente informal em virtude da inexistência qualquer diploma que estabelecesse os procedimentos que deveriam observar aquando da adopção dos seus instrumentos regulatórios. Por seu turno, a preocupação de dotar a actividade das agências federais de um conjunto de princípios jurídicos de actuação que estabelecessem as bases de um verdadeiro Direito Administrativo, como aconteceu com o *Administrative Procedure Act*, de 1946, não contemplou

---

<sup>121</sup> Como refere Christian Joerges, as expressões "*economic*" and "*social regulation*", de há muito usadas no ordenamento norte-americano, começam a aparecer na literatura europeia. No entanto, o objecto destas actividades normativas - que consiste fundamentalmente na protecção dos interesses económicos contra as insuficiências do funcionamento do mercado; na prevenção dos riscos da saúde e segurança no trabalho e no controlo ambiental - conhecia uma longa tradição na cultura jurídica europeia, ainda que as mesmas fossem tratadas como áreas que relevavam do direito administrativo e do direito do trabalho. O rápido aumento de importância que estas matérias em tempos recentes conheceram e o estabelecimento de agências especializadas nestes domínios favoreceu a importação da terminologia americana. Cfr. Joerges, C., "*European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty*", in Dehousse, R., *Europe After Maastricht - An Ever Closer Union?*, Law Books in Europe, München, 1994, p.44.

<sup>122</sup> Shapiro, M., *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, op. cit., p. 42.

grandemente a actividade normativa destas entidades. Na verdade, o APA tem apenas uma pequena secção relativa ao exercício desta função, onde se prescreve que as agências deverão, previamente à adopção de medidas normativas, dar a conhecer os seus propósitos sobre o conteúdo destas, recolher os eventuais comentários formulados pelas partes potencialmente interessadas por tais medidas e, por fim, aquando da publicação de tais normas no *Federal Register*, a obrigatoriedade de as fazer acompanhar de uma pequena motivação dos seus fundamentos legais bem como do enunciado dos seus objectivos. A doutrina refere, normalmente, estas disposições como *notice and comment rule making* ou *informal rule making*, justamente para as distinguir dos procedimentos formais impostos às agências em sede das suas atribuições de carácter judicial<sup>123</sup>.

Como refere Martin Shapiro, o percurso das ideias políticas e as concepções dominantes em matéria de Direito Administrativo, tendem por vezes a sobrepor-se. Recorde-se o que se disse sobre a perspectiva de individualismo liberal que marcou o pensamento jurídico norte-americano, nesta matéria, até ao advento do *New Deal*. Do mesmo modo, também as teorias políticas do pluralismo que emergiram e dominaram o pensamento político americano a partir do final da década de cinquenta, tiveram reflexos não desprezíveis no plano de que nos ocupamos. Com efeito, a visão pluralista do exercício da política, centrada nos grupos representativos dos diversos interesses presentes nas sociedades modernas, e na administração da política enquanto modo de confronto e de competição entre as aspirações desses mesmos grupos de interesse, abandonando a velha ideia liberal do indivíduo como centro da actividade política, teve como consequência que, no plano do *rule making power* das agências federais, as preocupações fundamentais se tivessem concentrado em torno

---

<sup>123</sup> Bermann, G.A., *op. cit.*, p. 96-97.



das referidas disposições do APA que previam a participação dos interessados através do procedimento de *notice and comment rule making*<sup>124</sup>.

Assim, e sobretudo devido à actuação do poder judicial, o objectivo principal centrou-se no alargamento da legitimidade processual de todos aqueles que tivessem participado na fase administrativa prévia à adopção de disposições normativas, garantindo a esses mesmos grupos a possibilidade de intervirem, ou mesmo de demandarem as agências, perante os tribunais federais em que se discutissem aspectos relativos ao controlo de legalidade desses actos regulatórios. Assegurando, deste modo, uma efectiva participação de todos os grupos de interesse no exercício da função regulatória. Os tribunais, com o objectivo de reforçarem esta participação, passaram a exigir que as agências prestassem devida atenção a todos os comentários que lhe fossem apresentados, obrigando-as através de um procedimento que eles próprio impuseram, o *rule making record*, que estas agências fizessem um registo escrito de todos comentários que lhes foram formulados, bem como de todas as respostas fornecidas a esses comentários. Procurando, deste modo, que as agências prestassem a devida atenção a todos os grupos com interesses envolvidos no resultado desse processo regulatório e salvaguardar que nas decisões que tomassem as entidades administrativas haviam prestado efectiva curadoria aos vários interesses em presença<sup>125</sup>.

A atitude de *judicial self-restraint* era também aplicável à actividade normativa desenvolvida por parte das agências federais no âmbito das suas atribuições de carácter regulatório. No entanto, a partir da década de sessenta, os

---

<sup>124</sup> Shapiro, M., *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, op. cit., p. 43-46.

<sup>125</sup> Shapiro, M., *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, op. cit., p. 46-48.

tribunais desenvolveram uma perspectiva mais activa das suas competências de controlo sobre o *rule making* das agências, em termos de inverter por completo a sua atitude tradicional consistente numa auto-limitação a um mero controlo de legalidade. De facto, o poder judicial aproveitou do mecanismo do controlo da legalidade dos actos destas entidades para dar vida a todo um complexo conjunto de normas jurídicas que passaram enquadrar a actividade normativa das agências. E, deste modo, suprimam as insuficiências existentes no âmbito do Direito Administrativo resultantes do facto do APA ser um instrumento jurídico fundamentalmente consagrado às funções de tipo judicial das agências e não à sua actividade regulatória<sup>126</sup>.

### 3.2. a chamada '*administrative preemption*'

No âmbito de um processo político caracterizado por um forte crescimento das agências federais - *the administrative state*<sup>127</sup> - estabelecidas pelo Congresso com o objectivo de regular e implementar políticas de interesse público nacional, a expressão *administrative preemption* é normalmente empregue para designar o uso dos poderes preemptivos por estas agências administrativas<sup>128</sup>, ao abrigo das competências que lhes foram delegadas pelo poder legislativo. A atenção da literatura, em matéria da doutrina da preempção, nunca se havia retido demasiadamente em torno da *administrative preemption*. No entanto, o aumento do fenómeno da *regulation*, aliado a um crescente intervencionismo na área da *business activity*, com as inerentes questões de determinação do nível pelo qual se devia realizar essa mesma regulação das

---

<sup>126</sup> Shapiro, M., *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, op. cit., p. 58.

<sup>127</sup> Note, *New Federalism and "Occupation of the Field": Failing to Maintain State Constitutional Protections Within a Preemption Framework*, *Washington Law Review*, Vol. 64: 721, 1989, p. 722.

<sup>128</sup> Foote, S.B., *Administrative Preemption: An Experiment in Regulatory Federalism*, *Virginia Law Review*, Vol. 70: 1429, 1984, p. 1430.

actividades económicas - se no plano federal ou a nível estadual - suscitou um interesse novo pela forma de alocar as competências nestas matérias entre os níveis de actividade normativa presentes e a consequente compatibilização dessa emanção jurídica.

Dos aspectos mais interessantes da questão da *administrative preemption* é o modo como se movem os interesses subjacentes à regulação das áreas em questão. Com efeito, tendo o fenómeno da *regulation* atingido o seu auge na década de setenta, a pressão para o estabelecimento de elevados níveis de protecção federal - principalmente nos domínios relacionados com a saúde pública, higiene e segurança - fazia-se por parte de grupos de consumidores, movimentos ecológicos e sindicatos, ao mesmo tempo que os interesses da área empresarial apontavam para uma defesa da autonomia de regulação estadual. A alteração das concepções ideológicas que marcaram a década de oitenta e o seu reflexo ao nível da actividade regulatória do governo federal, que se traduziu num decréscimo dos níveis de protecção impostos a nível nacional, teve como consequência que os Estados, ou pelo menos alguns deles, reforçassem as preocupações pelos níveis de protecção das suas normas ultrapassando, assim, os parâmetros estabelecidos a nível nacional. Como consequência, a pressão dos grupos de interesses provenientes da área empresarial alterou a sua estratégia de orientação e passou a defender uma regulação federal uniforme em tais domínios como modo de evitar as diferenças dos níveis de protecção existentes de Estado para Estado e os custos que tal representava para a sua actividade económica. E, por via disto, os grupos empresariais pressionaram as agências administrativas para que exercessem o seu poder preemptivo

sobre aqueles Estados que tivessem níveis de protecção mais elevados<sup>129</sup>.

### 3.2.1. instituições competentes

Na repartição de competências entre o poder federal e os Estados, a propósito da definição do nível de emanção dos instrumentos normativos, coloca-se o problema de identificar qual ou quais das instituições e órgãos federais se encontram melhor posicionados para avaliar e decidir as eventuais controvérsias que suscitem questões de separação de atribuições no quadro do sistema político norte-americano e que reflectem problemas que se relacionam com a natureza profunda e os valores do federalismo. Essa discussão assenta fundamentalmente em torno da função atribuída nesta matéria ao Congresso, aos órgãos jurisdicionais federais e às agências<sup>130</sup> administrativas. Este problema relaciona-se com um outro, que referiremos adiante, e que coloca a questão da legitimidade das agências federais em matéria de definição dos níveis de exercício das competências regulatórias e consequente utilização, por parte destas últimas, da faculdade de preempção das competências normativas de entidades soberanas como os Estados.

---

<sup>129</sup> Majone, G., *Deregulation or Re-Regulation? Policymaking in the European Community Since the Single Act*, EUI Working Paper SPS N° 93/2, p.18.

<sup>130</sup> Quando se utiliza a expressão "agência" neste texto, referimo-nos apenas a um dos tipos de agência federal existente no sistema administrativo norte-americano, as chamadas *independent regulatory commissions*, ou seja, as agências dotadas de poderes regulatórios e que possuem elevado grau de independência quer em relação ao órgão que as institui, o Congresso, como em relação ao poder executivo. O paradigma deste tipo de agência é a *Interstate Commerce Commission*, a qual foi estabelecida pelo *Interstate Commerce Act* de 1887. Deste tipo de agências se distinguem aquelas outras situadas no âmbito dos departamentos governamentais, as quais podem também deter poderes regulatórios, mas que estão sujeitas ao mesmo tipo de controlo executivo existente sobre esses departamentos. Sobre este assunto ver, Schwartz, B., *Administrative Law*, 2nd Edition, Little, Brown and Company, Boston, 1984, p. 4 a 20.

Na verdade, e atento o sistema de separação de poderes delineado pela Constituição dos Estados Unidos, poder-se-ia afirmar que a instituição adequada para assumir aquela tarefa seria o Congresso. De facto, as suas características institucionais fazem dele o órgão de soberania melhor colocado para avaliar os problemas decorrentes da escolha de um determinado nível de emanção normativa e estabelecer o balanço dos interesses em presença que são necessários ponderar, bem como dos custos e benefícios de cada alternativa, na definição dessa mesma escolha<sup>131</sup>. Tal posição advém-lhe do facto de ser a instituição dotada de maior responsabilidade política no sistema democrático, a qual é resultante do seu próprio processo de designação por sufrágio directo.

No entanto, esta situação privilegiada do Congresso depara com alguns limites práticos que decorrem do seu próprio modo de funcionamento os quais traduzem problemas comuns a todas as instituições parlamentares. Com efeito, pelo facto de a sua agenda de trabalhos se encontrar geralmente sobrecarregada, o Congresso não tem, por norma, oportunidade de se debruçar em pormenor na análise dos efeitos normativos, da legislação que adopta, sobre o sistema jurídico dos Estados, limitando-se, quando o faz, a indicar uma posição genérica sobre o efeito preemptivo das suas medidas, mas raramente o efectuando com o necessário detalhe que estas questões exigem. Na verdade, o Congresso acaba por se limitar a adoptar os princípios gerais da sua política, deixando às agências federais o encargo e o estudo da sua implementação. E, neste âmbito, a avaliação pormenorizada das eventuais tensões que se suscitam entre os sistemas normativos federal e estaduais, o que envolve, consequentemente, uma particular

---

<sup>131</sup> Pierce, R. J., *Regulation, Deregulation, Federalism, and Administrative Law: Agency Power to Preempt State Regulation*, University of Pittsburgh Law Review, Vol 46: 607, 1985, p.663.

atenção às questões relacionadas com o efeito preemptivo das normas federais.

Outro órgão de soberania que ocupa uma posição privilegiada para gerir os eventuais conflitos de competências decorrentes da sobreposição de disposições normativas, do poder federal e dos Estados, sobre uma mesma realidade material são os tribunais federais e, em particular, a *Supreme Court*. Porém, a *Supreme Court* denota um crescente mal-estar na abordagem destas disputas em matéria de regulação, procurando reduzir a actuação do poder judicial nestas matérias<sup>132</sup>. A sua atitude caracteriza-se por uma tendência para anular apenas as medidas estaduais que apresentem um carácter marcadamente discriminatório e protector dos interesses destes, nomeadamente nos domínios cobertos pela *commerce clause*, procurando, contudo, situar-se fora das disputas que se verificam entre as várias entidades envolvidas na actividade regulatória dos interesses e actividades económicos. Tal posição deve-se, sobretudo, à natureza das questões em causa, as quais exigem, normalmente, um alto grau de expertise resultante de uma investigação empírica e técnica muito alargada e que se situa, claramente, fora do alcance dos tribunais. O único modo do poder judicial aceder ao domínio das questões técnicas subjacentes a estes conflitos de competências seria através da realização de prolongadas audiências de julgamento o que, habitualmente, não se verifica ser o modo mais eficaz de uma administração rápida da justiça e do apuramento da verdade material. Por outro lado, uma tal abordagem conduziria os tribunais à tomada de decisões orientadas por critérios fundados em razões de custos e de oportunidade o que a *Supreme Court* tem considerado ser matéria que releva mais do domínio político<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> pierce, R. J., *Regulation, Deregulation, Federalism, and Administrative Law: Agency Power to Preempt State Regulation*, op. cit., p. 662.

<sup>133</sup> *Idem*, p. 662.

e, portanto, deve ser deixada ao critério das entidades com responsabilidades governativas.

É neste contexto que se coloca a questão do posicionamento das agências administrativas, especialmente vocacionadas para a regulação nacional de matérias cuja competência lhes foi atribuída pelo Congresso, para exercer poderes preemptivos sobre os instrumentos normativos estaduais que se ocupem das mesmas questões. No fundo, trata-se de saber se se deve reconhecer às agências federais uma função suplementar do Congresso, bem como do poder judicial, em matéria de anulação do direito estadual que produza efeitos que ultrapassem e se repercutam de forma nociva para fora do seu território. Um problema que, como se sabe, suscita a questão mais profunda da legitimidade das agências para exercerem poderes preemptivos sobre o direito estadual.

### *3.2.2. delegação da competência preemptiva*

A delegação de competências em matéria do exercício de poderes preemptivos pelas agências administrativas levanta, porém, algumas dificuldades do ponto de vista jurídico. Entre elas avulta a questão da extensão de uma tal delegação. No fundo, o problema prende-se com a própria natureza das referidas agências e, sobretudo, com o facto de tais entidades, ao contrário do Congresso, não serem representativas dos Estados e, portanto, poder questionar-se a legitimidade democrática da própria delegação. No entanto, os eventuais casos de abuso de poder em matéria de delegação são, normalmente, objecto de reformulação por parte da Supreme Court de modo a corrigir os excessos cometidos pelas agências administrativas em áreas que tradicionalmente relevavam da competência normativa dos Estados. Esse controlo jurisdicional é tanto mais necessário quanto as agências federais revelam uma tendência crescente para, em resultado

da actividade dos grupos de pressão empresariais<sup>134</sup>, e em alguns casos mesmo de "captura"<sup>135</sup>, incrementar o uso dos seus poderes preemptivos nos domínios onde os Estados potenciaram

---

<sup>134</sup> Em matéria de independência das agências administrativas, uma das críticas frequentes que lhes é realizada é a de que este tipo de entidades são relativamente permeáveis a serem 'capturadas' pelas indústrias cuja actividade é objecto de regulação e, portanto, poderem deixar-se influenciar na sua função pelos interesses de tais grupos empresariais. cfr. Freedman, J.O., *Crisis and legitimacy - The administrative process and American government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, p. 58.

<sup>135</sup> Na verdade, um dos riscos sérios que corre a actividade regulatória das agências é o de que estas possam vir a ser 'capturadas' pelos empresários que desenvolvem essa mesma actividade objecto de regulação deixando, assim, de poderem ser consideradas como entidades independentes cujo objectivo principal é o da prossecução do interesse público e tomando partido por um dos grupos, claramente o mais forte, que se movem na sua área de actuação. No fundo, esta captura das agências regulatórias pode ser considerada, como refere, Shapiro, como uma consequência inevitável do pluralismo enquanto forma de manifestação da actividade dos grupos vários de interesse presentes nas sociedades modernas. Para este autor, existem vários factores que explicam a *capture theory* das agências administrativas. O primeiro desses motivos, deve-se ao facto da actividade regulada ser aquela que tem um interesse mais directo na actuação da agência respectiva e, por isso mesmo, concentrarem, mais de que todos os demais grupos, e em maior escala a sua pressão sobre os membros daquela entidade administrativa, podendo para isso poder contar com recursos económicos superiores, inerentes à sua condição empresarial. Um segundo factor, e de certa decorrente do primeiro, é de natureza psicológica, e decorre do facto dos membros da agência regulatória à medida que aumentam o seu nível de conhecimento técnico naquela área particular de actividade, e com o contacto intenso que mantêm com as pessoas provenientes desse mesmo sector económico, tendem a confundir a referida actividade e o seu modo de exercício com os propósitos de interesse público que são supostos prosseguir. Por fim, existiria uma terceira razão de ordem económica, na explicação da *capture theory* e que consistiria no facto de as agências se sentirem, de algum modo, partícipes na manutenção da saúde financeira daquele sector de actividade, o que muitas vezes decorre dos seus próprios estatutos, assegurando desta forma à actividade regulada um nível de protecção que o mercado, por si só, não poderia conceder-lhes. Cfr. Shapiro, M., *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, op. cit., p. 65-66. A captura dos membros das agências coloca o problema de saber *who guards the guardians?*, ou seja, quem controla aqueles que deveriam, por missão própria - os peritos pertencentes às agências administrativas - regular de forma isenta a actividade de um determinado sector económico, mas que no decurso da sua actuação passaram a partilhar com essa mesma actividade um núcleo forte de interesses em comum. Só o poder judicial parece poder exercer um controlo adequado sobre a actividade das entidades regulatórias, o que requer da parte dos tribunais um maior activismo sobre os resultados do processo normativo de tais entidades, evitando os resultados perversos derivados de uma captura pelos interesses económicos em concurso. *Idem*, p.71-72.



as suas prerrogativas regulatórias como resposta à tendência para a *deregulation* verificada ao nível federal a partir dos anos oitenta.

O motivo pelo qual o Congresso delega a sua autoridade preemptiva nas agências federais tem uma explicação lógica em termos de técnica legislativa. Em vez de se limitar a excluir pura e simplesmente qualquer tipo de actuação normativa dos Estados no quadro de uma matéria regulada ao nível federal - como aconteceu em *Cigarette Labeling and Advertising Act* <sup>136</sup> - ou de estabelecer ele próprio um conjunto de disposições que prevêm que tipos de intervenções normativas são objecto de preempção, bem como estipular quais dessas intervenções são susceptíveis de serem isentas da aplicação da cláusula preemptiva, tal como o fez em ERISA, o Congresso pode preferir não abordar a questão do alcance preemptivo do acto federal antes que este tenha sido objecto de definição regulatória por parte da agência administrativa responsável.

Neste último caso, o Congresso delega, então, na agência federal em causa a competência discricionária para proceder à preempção administrativa das medidas normativas dos Estados. As formas como se processa essa delegação podem-se enquadrar em três tipos básicos<sup>137</sup>: ou se concede à agência uma extensa competência preemptiva das disposições normativas dos Estados, ou, se estabelecem *guidelines* que a agência deverá respeitar na implementação da sua política preemptiva, ou, o Congresso coloca ele próprio determinadas questões fora da actuação preemptiva da entidade administrativa.

### 3.2.3. A questão da legitimidade

---

<sup>136</sup> 15 U.S.C. § 1331-1340 (1982).

<sup>137</sup> Foote, S.B. op. cit., p. 1437.

Refira-se ainda o problema da legitimidade das agências federais exercerem a sua autoridade preemptiva sobre o direito estadual. De facto, uma tal capacidade equivale a reconhecer a estas entidades burocráticas a possibilidade de anular normas provenientes do ordenamento jurídico dos Estados. Se se pensar que a composição das agências federais, ao contrário do poder legislativo dos Estados, não resulta directamente do sufrágio eleitoral, não se poderá deixar de manifestar uma certa preocupação quanto à extensão da *administrative preemption*. Um problema que, no fundo, tem a ver com a transformação qualitativa da actuação destas agências, as quais, de simples entidades de natureza técnica, com poder de decisão circunscrito a aspectos técnicos, foram alargando a tomada de decisões a aspectos de carácter político<sup>138</sup>, embora a coberto da auréola da sua competência técnica, devendo por este modo participar nas decisões ao nível das chamadas políticas públicas, assuntos em que a consideração do interesse público se coloca de forma manifesta. Ainda que se reconheça uma importância fundamental às agências administrativas no contexto das modernas formas de governo, não se pode iludir o facto de que ao nível da figura da *preemption* a actuação daquelas entidades suscita profundas apreensões.

O problema da legitimidade das agências federais coloca-se, assim, pelo facto destas entidades não gozarem do mesmo tipo de responsabilidade política de que beneficia o Congresso, a qual lhe advém do próprio modo da sua designação por sufrágio directo e, portanto, se questionar se, se deve consentir às agências federais o poder de anularem, mediante recurso à figura da *preempção*, medidas normativas emanadas de instituições soberanas dos Estados. Uma questão, sem dúvida, bastante delicada porque mexe com os valores profundos em que assenta a filosofia do sistema democrático, bem como a

---

<sup>138</sup> Note, *Administrative Preemption in Consumer Banking Law*, Virginia Law Review, Vol.73: 911, 1987, p. 954.

essência do próprio federalismo. Porém, pode-se dizer que embora sobre as agências não incida um sistema de responsabilidade política directa, como o existente sobre o Congresso, a sua legitimidade constitucional afigura-se como suficiente para afastar as objecções que se coloquem sobre o exercício de poderes preemptivos na medida em que, quer o facto de responderem perante o Presidente, na sua qualidade de chefe do poder executivo, quer o controlo a que estão sujeitas por parte do Congresso lhes confere uma espécie de legitimidade política indirecta<sup>139</sup>.

Um outro modo, ainda, de perspectivar a legitimidade das agências administrativas seria o de considerá-las como um *fourth independent branch of power*<sup>140</sup>, ou seja, como um 'quarto poder'. Na verdade, as agências dotadas de poderes regulatórios, e independentes do poder executivo, podem desenvolver a sua actividade regulatória com algumas vantagens comparativas relativamente ao poder legislativo. Por um lado, as agências possuem meios materiais que lhes permitem alcançar um alto grau de tecnicidade, de suporte às suas opções regulatórias, que normalmente não está ao alcance do Congresso. Nem mesmo o Congresso tem vocação, enquanto órgão de soberania nacional, para alcançar um grau de expertise, semelhante aos das agências, em todas as matérias sobre que legisle. Por outro lado, o Congresso enquanto instituição democrática, move-se necessariamente pelos condicionalismos decorrentes dos ciclos eleitorais o que implica, nestes casos, que as pressões decorrentes da necessidade de reeleição<sup>141</sup> possam condicionar não apenas a

---

<sup>139</sup> Pierce, R. J., *Regulation, Deregulation, Federalism, and Administrative Law: Agency Power to Preempt State Regulation*, op. cit., p. 664.

<sup>140</sup> Majone, G., *Controlling Regulatory Bureaucracies: Lessons from the American Experience*, EUI Working Paper, SPS, N° 93/3, p. 15. Cfr. também Note, *New Federalism and "Occupation of the Field": Failing to Maintain State Constitutional Protections Within a Preemption Framework*, *Washington Law Review*, Vol. 64: 721, 1989, p. 736.

<sup>141</sup> Majone, G., *Controlling Regulatory Bureaucracies: Lessons from the American Experience*, op. cit. p. 21.

qualidade da legislação adoptada, mas, e sobretudo, a compatibilidade desta com o interesse público que a mesma é suposta prosseguir. Por estes motivos, e apesar da heterodoxia desta tese relativamente à teoria clássica da separação de poderes, constitucionalmente consagrada no direito americano, os seus defensores consideram que a legitimidade das agências estaria suficientemente assegurada desde que em relação à actividade destas se implementasse um efectivo controlo judicial<sup>142</sup>.

Por outro lado, os próprios procedimentos conducentes à preempção do direito estadual obrigam as agências federais a tomarem uma série de medidas que reduzem a discricionariedade que supostamente julguem deter neste domínio. Na verdade, as agências devem conceder às autoridades competentes dos Estados o conhecimento prévio das suas intenções preemptivas aquando da elaboração de regulamentação atinente à sua área de jurisdição, permitindo aos Estados a possibilidade de demonstrarem que o balanço entre os efeitos inter-estaduais das suas normas e os benefícios da manutenção das suas regras locais apontam para o não exercício de poderes preemptivos por parte das referidas agências. Acresce ainda o facto das prerrogativas preemptivas das agências federais terem de ser exercidas com a necessária contenção por parte destas últimas, na medida em que estão sujeitas ao normal controlo judicial de legalidade por parte dos tribunais federais<sup>143</sup>.

#### 3.2.4. plano da 'deregulation'

Problemas semelhantes aos encontrados ao nível da identificação da entidade melhor colocada para efectuar o exercício de poderes preemptivos em matéria de regulamentação das actividades económicas encontram-se também no plano da

---

<sup>142</sup> Id. p. 22.

<sup>143</sup> Schwartz, B., *Administrative Law*, op. cit., p. 32.

chamada *federal deregulation*. Como se sabe, as concepções ideológicas dominantes, sobretudo durante a década de oitenta, privilegiaram um comportamento de abandono da regulação sistemática, por parte das autoridades públicas, das relações industriais em largos e importantes sectores económicos, tais como a energia, os transportes e as telecomunicações. Este 'movimento' de desregulação - *deregulation* - tem sido realizado através quer da actividade legislativa do Congresso, que revoga expressamente as competências regulatórias até aí exercidas pelas agências federais, quer a nível administrativo pela actuação das próprias agências federais traduzida na recusa do exercício das competências que previamente lhes tinham sido delegadas<sup>144</sup>.

Em ambas as situações, coloca-se a questão de saber se a decisão de abandonar a regulação federal pretendeu deixar aquele aspecto da actividade económica nacional livre de qualquer texto normativo ou, pelo contrário, se se entendeu deslocar apenas a regulação dessas questões da área das agências federais para a das entidades estaduais. No primeiro dos casos, teremos que se verifica uma intenção federal de exercer a preempção absoluta das competências estaduais na matéria. Poder-se-à considerar que se trata de uma manifestação, embora pela negativa, da *federal occupation of the field*. Na segunda situação, pode tratar-se de uma forma de reprimar a regulação estadual previamente existente e que teria sido precludida pelo facto de se ter revelado incompatível com normas federais entretanto adoptadas. Ou ainda, mesmo no caso de inexistência de disposições estaduais anteriores, pode ser um modo de deixar ao livre arbítrio dos Estados a decisão de proceder, ou não, à regulação dessas matérias.

---

<sup>144</sup> Pierce, R. J., *Regulation, Deregulation, Federalism, and Administrative Law: Agency Power to Preempt State Regulation*, op. cit., p. 668.

Os problemas mais delicados surgem quando, como acontece frequentemente, o Congresso não manifesta claramente a sua intenção relativamente à compatibilidade da existência de normas estaduais nos domínios objecto de desregulação. Neste caso, caberá às agências federais competentes a autoridade residual<sup>145</sup> para decidir da existência ou não do efeito preemptivo provocado pela *federal deregulation*. A decisão destas entidades deverá ser tomada na base do mesmo tipo de considerações que desenvolve aquando da existência de um conflito positivo de competências, ou seja, tendo em conta os eventuais efeitos inter-estaduais da regulação em causa e, para além disso, respeitando as garantias processuais de que os Estados normalmente beneficiam nos casos de preempção das suas competências regulatórias. Diga-se ainda que, se estes requisitos não forem respeitados, ou se as agências federais se recusarem pura e simplesmente a tomar posição sobre o assunto, caberá então aos tribunais federais decidir sobre a preclusão das competências estaduais.

No acórdão *Transco*<sup>146</sup>, onde se colocava um problema relativo à desregulação federal do preço da comercialização do gás natural pelos grandes operadores económicos e, na sequência desta medida, as autoridades do Estado do Mississippi adoptaram um regime próprio de preços, a *Supreme Court* considerou que, apesar da desregulação federal, os preços de venda por grosso do gás natural permaneciam um assunto de profundo interesse federal e que, nestes termos, se se obrigasse os operadores económicos a cumprir com uma miríade de diferentes disposições normativas estaduais, o alegado objectivo de estabelecer um sistema de preços previsíveis, que parecia motivar a intervenção do Estado do Mississippi,

---

<sup>145</sup> Pierce, R. J., *Regulation, Deregulation, Federalism, and Administrative Law: Agency Power to Preempt State Regulation*, op. cit., p. 670.

<sup>146</sup> *Transcontinental Gas Pipe Line Corp. v. State Oil & Gas Board*, 474 U.S. 409 (1986).

teria como reflexos finais o aumento dos preços ao consumidor<sup>147</sup>, para além do inevitável atraso no processo de desregulação. Portanto, neste acórdão a *Supreme Court* adoptou como critério do alcance preemptivo da desregulação<sup>148</sup> do preço do gás natural, o do impacto económico que teriam as eventuais medidas estaduais que pretendessem substituir-se ao vazio criado pelo processo da desregulação federal. Se este fosse negativo, ou seja se se traduzisse num aumento do preço final a pagar pelos consumidores, então seria de considerar que a única alternativa regulatória à intervenção estadual consistiria, em consequência da atitude federal, na adopção de um regime de preços livres, a definir unicamente pelas regras de funcionamento do mercado do produto. Neste sentido, os tribunais deveriam precluir as normas estaduais que introduzissem o mesmo tipo de distorções económicas abandonadas pela intenção de se proceder à desregulação federal<sup>149</sup>.

### 3.3. O exemplo da actividade bancária

A regulação da actividade bancária dos Estados Unidos é uma regulação dual, ou seja, existe uma partilha histórica de competências entre o Governo federal e os Estados nesta matéria<sup>150</sup>. No entanto, o Congresso detém, expressamente, a competência necessária para poder exercer a preempção do direito bancário estadual. No que respeita à regulação bancária federal, o Congresso criou várias agências administrativas<sup>151</sup> a quem delegou as suas competências neste

---

<sup>147</sup> Id. p. 423.

<sup>148</sup> Note, *Preemption and Regulatory Efficiency in Federal Energy Statutes*, Harvard Law Review, Vol. 103: 1306, 1990, p. 1319.

<sup>149</sup> Id. p. 1324.

<sup>150</sup> Golembe, C. H. e Holland, D. S., *Federal Regulation of Banking*, Golembe Associates, Inc., Washington D.C., 1983-84, p. 7.

<sup>151</sup> Essas agências federais são as seguintes: *Comptroller of the Currency*; *Federal Home Loan Bank Board*; *National Credit Union Administration*; *Federal Deposit Insurance Corporation*; *Board of Governors of the Federal Reserve System*.

domínio. Depois de nos anos sessenta o Congresso ter adoptado uma série de actos legislativos relativos à protecção dos direitos dos consumidores no sector da actividade bancária, nomeadamente no que toca às práticas desleais destas instituições financeiras para com os seus clientes, assistiu-se a uma diminuição das preocupações do poder legislativo neste âmbito, bem como a uma atitude semelhante da parte das agências federais com referência à implementação das disposições existentes em matéria de protecção dos consumidores. Tal atitude gerou uma acentuada reacção legislativa por parte de vários Estados que desejavam assegurar aos seus residentes um elevado nível de protecção normativo numa questão tão delicada como a das relações com instituições desta natureza, em que existe uma profunda assimetria no relacionamento das partes em presença.

No entanto, a eficácia destas disposições estaduais foi sendo posta em causa pela actuação das agências federais as quais excluíram, do âmbito de aplicação de tais medidas protectivas, as instituições financeiras federais bem como os bancos nacionais. Os problemas que se colocavam consistiam em saber se este comportamento das agências federais se poderia considerar abrangido pelo âmbito da delegação de competências que estas receberam do Congresso, se tal atitude não lesava as expectativas e os interesses mais legítimos dos clientes de tal tipo de instituições e se, em geral, a figura da *administrative preemption* poderia servir para dar corpo a situações que punham em causa a competência tradicional das autoridades estaduais e os equilíbrios de poderes estabelecidos no sistema federal<sup>152</sup>.

Como se disse, a regulamentação do sistema bancário apresenta um carácter dual. Os Estados definem o regime jurídico dos bancos estaduais; os bancos nacionais e as instituições

---

<sup>152</sup> Note, *Administrative Preemption in Consumer Banking Law*, Virginia Law Review, Vol.73: 911, 1987, p. 946.



financeiras nacionais vêm a sua actuação no mercado ser regulada por leis federais. No entanto, estes últimos estão sujeitos às disposições emanadas pelos vários Estados onde desenvolvam a sua actividade na medida em que estas não sejam de natureza discriminatória e não contrariem disposições federais. Por seu lado, as leis federais enunciam frequentemente quais os aspectos da regulação bancária que são tratados a nível nacional e aqueles outros que são objecto de regulação estadual. Quando não referem explicitamente esta divisão de competências, compete então aos tribunais definir quais os limites da actuação federal.

O reconhecimento da função que os Estados tradicionalmente desempenham em matéria de regulação do sistema bancário leva o Congresso a usar de grande cautela no exercício da faculdade de preempção da competência estadual. Este facto é reforçado pelo diminuto uso que historicamente fez do seu poder preemptivo neste sector. Tal preocupação encontra-se também presente no domínio particular da protecção do consumidor dos serviços bancários<sup>153</sup> onde a preocupação determinante é a de assegurar um nível de protecção superior ao destinatário destas medidas normativas. Esta deferência do Congresso para com as competências estaduais na matéria deve ser um elemento determinante na formação do juízo decisório dos tribunais quando confrontados com situações de conflito ao nível do sistema bancário.

Acrescente-se, também, que a legislação federal nesta matéria utiliza normalmente expressões muito vagas, não conferindo quase nunca uma competência específica às agências governamentais para exercerem poderes preemptivos sobre o direito dos Estados. A preempção das normas estaduais tem sido da responsabilidade exclusiva destas entidades

---

<sup>153</sup> a protecção do consumidor é um dos objectivos principais da regulação federal da actividade bancária. Cfr. Lash, N. A., *Banking Laws and Regulations: An Economic Perspective*, Prentice-Hall, Inc. New Jersey, 1987, p. 25.

administrativas<sup>154</sup>. No controlo de legalidade que se faça do recurso à figura da preempção por estas agências, os tribunais deverão decidir sobre a aceitação de tal autoridade preemptiva em função do resultado do estudo dos trabalhos preparatórios que precederam a aprovação da lei federal, do alcance do potencial conflito entre as disposições federais e os preceitos estaduais, bem como das opções de política regulatória que fundamentam a decisão preemptiva da entidade administrativa.

A primeira situação que levantou fundadas dúvidas sobre o alcance e os limites da figura da *administrative preemption* em matéria de protecção dos direitos do consumidor dos serviços bancários foi o caso que a Supreme Court conheceu no processo *Fidelity Federal Savings & Loan Association v. De la Cuesta*<sup>155</sup>. Este processo surgiu no seguimento da tendência altista que as taxas de juro sofreram durante a década de setenta, em virtude da crise económica então verificada, e das implicações que esse agravamento dos juros cobrados pelas instituições financeiras provocaram nos vários sectores da actividade bancária, nomeadamente, no sector do crédito hipotecário para a aquisição de imóveis. Na verdade, as instituições financeiras praticavam ao tempo empréstimos hipotecários para a aquisição de casa com taxas de juros fixas muito baixas. A superveniência da crise económica dos anos setenta, obrigou a que os bancos que praticavam o crédito hipotecário reagissem a esta situação e, invocando as *due-on-sale clauses*<sup>156</sup>, impusessem unilateralmente aos seus clientes a alteração dos termos contratuais inicialmente estipulados, nos casos em que se verificava uma transacção

---

<sup>154</sup> Note, *Administrative Preemption in Consumer Banking Law*, Virginia Law Review, Vol.73: 911, 1987, p. 929.

<sup>155</sup> 458 U.S. 141 (1982).

<sup>156</sup> definidas no referido acórdão como "... contractual provision that permits the lender to declare the entire balance of a loan immediately due and payable if the property securing the loan is sold or otherwise transferred.", p. 145.

sucessiva da propriedade sem liquidação da quantia total em dívida à entidade que havia financiado a primeira aquisição.

Este objectivo de impor as *due-on-sale clauses* aos proprietários de casa, para cuja aquisição recorreram ao crédito hipotecário, foi posteriormente adoptado pela *Federal Home Loan Bank Board*. Tal medida foi contestada em alguns Estados, sobretudo, naqueles em que essa figura contratual se encontrava judicialmente limitada ou interdita. No entanto, a referida agência federal havia exercido o seu poder preemptivo sobre as ordens jurídicas dos Estados com o intuito de impôr a vigência das *due-on-sale clauses*, tendo em conta as circunstâncias conjunturais existentes e as repercussões que as mesma poderiam causar na solvabilidade das instituições financeiras.

No acórdão *De la Cuesta*, a *Supreme Court* considerando que os regulamentos federais possuíam idêntica capacidade preemptiva das leis do Congresso, afirmou que desde que as agências administrativas actuassem dentro dos limites da sua competência e se entendessem excluir a autoridade dos Estados relativamente a determinados aspectos da regulamentação em causa, estariam preenchidas as condições para o exercício da preempção<sup>157</sup>. A *Supreme Court* depois de constatar que o acto federal em causa, o *Home Owners Loan Act* (HOLA), não estabelecia qualquer disposição específica que autorizasse a agência federal a empreender a preempção das disposições estaduais, justificou a sua decisão na análise dos trabalhos preparatórios de HOLA. Portanto, o Tribunal usou de uma técnica de *obstacle conflict*<sup>158</sup>, tendo considerado que, na medida em que a lei do Estado em causa, a California, constituía um entrave ao cumprimento dos objectivos prosseguidos pelo regulamento federal, ao limitar o recurso

---

<sup>157</sup> 458 U.S. p. 153.

<sup>158</sup> Note, *The Burger Court and Preemption Doctrine: Federalism in the Balance*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 60: 1233, 1985, p. 1243.

às *due-on-sale clauses* e impedidindo aquele tipo de entidades bancárias de lidar com situações de carácter especial, deveria prevalecer o instrumento normativo federal.

Esta decisão da *Supreme Court* foi recebida com certa preocupação. Na verdade, é entendimento pacífico que tanto o direito de propriedade como o direito relativo à formação dos contratos são matérias que relevam, tradicionalmente, da soberania normativa estadual e que, portanto, as *due-on-sale clauses*, aspectos contratuais que se referem à transacção de propriedades, são questões que deveriam permanecer na sua esfera de competências. Por outro lado, o poder judicial sempre teve uma postura técnica que se pautou por evitar interpretações que conduzissem a situações de conflito de normas jurídicas e, por consequência, obrigassem à preempção das disposições estaduais. Acrescente-se, ainda, que a demonstração da vontade preemptiva do Congresso na motivação do acórdão da *Supreme Court* é algo duvidosa tal como resulta da declaração de voto vencido do juiz Rehnquist - a propósito da interpretação que o Tribunal faz da história legislativa de HOLA<sup>159</sup>, acto que tinha por objectivo primordial a protecção dos proprietários imobiliários.

Num sistema caracterizado por uma regulação dual da actividade bancária, a jurisprudência do acórdão *De la Cuesta* parece pôr em causa a própria partilha de competências existente neste domínio. Na verdade, aos Estados ser-lhes-à mais difícil sustentarem a implementação de medidas normativas que confirmam um maior grau de protecção ao consumidor nas suas relações com as instituições financeiras. Por outro lado, esta decisão demonstra que através da *administrative preemption* se transferiram, de facto, aspectos importantes do poder normativo para as agências federais, o que suscita problemas profundos em matéria de divisão de

---

<sup>159</sup> 458 U.S. p.174

competências. Relacionado com este assunto põe-se, ainda, a questão dos limites de poder das agências administrativas para exercerem autoridade preemptiva sobre o direito estadual, particularmente nos domínios que pertenciam à esfera tradicional das suas competências.

#### 4. O domínio da responsabilidade civil

##### 4.1. 'state regulation' e 'state common law'

Um dos riscos da utilização da doutrina da preempção é o da própria definição do alcance da cláusula preemptiva. Na verdade, nem sempre é fácil distinguir, em face de duas regulamentações de uma mesma realidade material, os limites de aplicação de cada uma dessas jurisdições. Referimo-nos, concretamente, à dicotomia existente entre *state regulation* e *state common law*. De facto, o incremento da pressão regulatória por parte do governo federal e a consequente definição de uma relação preemptiva com a regulamentação estadual pré-existente, conduzem por vezes a situações de fronteira, as quais se relacionam com os limites da preempção do direito estadual. Estas situações apresentam-se, frequentemente, em matéria de responsabilidade civil. Como se sabe, trata-se de uma área na qual os Estados exercem tradicionalmente competências normativas soberanas.

Acontece, porém, que alguns tribunais federais são levados a considerar as normas relativas à responsabilidade civil como sendo objecto de preempção implícita pela regulamentação nacional em causa, para evitar que os Estados apesar de verem precluídos o seu regime regulatório ao nível de questões que são objecto de regulamentação técnica específica no âmbito federal, possam ser tentados a obter o mesmo resultado através da aplicação das suas normas de responsabilidade civil, as quais estabelecem determinadas sanções para o não cumprimento dos requisitos de segurança definidos a esse nível.

A própria jurisprudência da *Supreme Court* tem sofrido algumas variações quanto a esta questão. Com efeito, numa decisão de

1959, *San Diego Building Trades Council v. Garmon*<sup>160</sup>, que originou o debate quanto ao alcance da cláusula preemptiva, aquela instância considerou que uma disposição do *National Labor Relations Act* precludia a aplicação de disposições do Código Civil da Califórnia, relativas à responsabilidade civil, no que tocava à aplicação do regime da indemnização por danos em matéria de comportamentos desleais da parte dos sindicatos. Posteriormente, a *Supreme Court* reconheceu a dicotomia existente neste âmbito fazendo-a depender, no entanto, do facto do instrumento federal em causa incluir, ou não, disposições específicas relativas ao regime da responsabilidade civil por actos ilícitos.<sup>161</sup>

Na sua jurisprudência mais recente, a *Supreme Court* manteve a tendência de não considerar precluída a legislação estadual relativa à indemnização por danos, mesmo em domínios que são objecto de *occupation of the field*, como por exemplo a regulamentação dos aspectos relativos à segurança dos estabelecimentos produtores de energia nuclear, recusando que os actos federais pudessem, na falta de intenção manifesta do Congresso, produzir uma situação de *implied preemption* do direito estadual<sup>162</sup>. No fundo, a *Supreme Court* adopta uma atitude de prudência que consiste em recusar a equiparação de tratamento a aspectos conexos de uma mesma regulamentação, que relevam, porém, de áreas de competências tradicionalmente distintas e onde nem sequer as próprias exigências de funcionalidade e modernidade podem justificar o afastamento da competência dos Estados. Portanto, dir-se-à que a *Supreme Court* tende a resolver a tensão existente entre *state regulatory law* e *state common law* através de uma postura que privilegia a manutenção das normas estaduais em matéria de responsabilidade civil. Reconhecendo, afinal, que se trata de

---

<sup>160</sup> 359 U.S. 236 (1959).

<sup>161</sup> *Minnesota v. Northern States Power Company*, 405 U.S. 1035 (1972).

<sup>162</sup> *Silkwood v. Kerr McGee Corporation*, 464 U.S. 238 (1984) p. 251-52.

situações que apresentam características próximas daquelas enunciadas como de *interfield conflicts*.

Esta orientação não tem tido, porém, o mesmo tipo de acolhimento por parte das demais instâncias jurisdicionais federais. Como referem Edell e Walters<sup>163</sup>, em numerosas áreas de regulamentação, os tribunais federais têm sido sensíveis à argumentação dos grupos de pressão empresariais os quais invocam que o facto de cumprirem com as normas técnicas e de segurança estabelecidas a nível nacional os exime de qualquer tipo de responsabilidade ditado por um regime estadual. Segundo aqueles autores, a atitude dos tribunais federais sofreu uma importante transformação desde 1986<sup>164</sup>, época a partir da qual se encontram numerosas decisões que se afastam do tratamento dual que a *Supreme Court* imprimiu à dicotomia existente entre a regulamentação estadual e o regime jurídico da responsabilidade civil existente nos diferentes Estados.

A título de exemplo, veja-se o que acontece em áreas bastantes sensíveis tais como o tabaco, os medicamentos, e os automóveis. Relativamente ao tabaco, a *Third Circuit Court of Appeals* recusou a aplicação dos preceitos estaduais que sancionavam a falta dos produtores de cigarros de advertirem de modo adequado nas embalagens os malefícios que o uso deste produto podia causar à saúde. O *Third Circuit*, no caso *Cipollone v. Liggett Group*<sup>165</sup> considerou que o *Federal Cigarette Labeling and Advertising Act*, do Congresso, apesar de não precluir expressamente o regime de responsabilidade civil dos Estados, obrigava à preempção implícita destas normas na medida em que as mesmas poderiam frustrar os objectivos que o Congresso havia estabelecido no *Cigarette*

---

<sup>163</sup> Edell, M.Z. e Walters, C.A., *The Doctrine of Implied Preemption in Products Liability Cases - Federalism in the Balance*, *Tennessee Law Review*, Vol. 54, 1987, p. 603.

<sup>164</sup> Edell, M.Z. e Walters, C.A., *The Doctrine of Implied Preemption in Products Liability Cases - Federalism in the Balance*, op. cit., p. 619.

<sup>165</sup> 107 S. Ct. 907 (1987).



Act. Do mesmo entendimento parece ter sido a *Federal District Court*, do *Eastern District of Texas*, a qual, a propósito do *Federal Food, Drug and Cosmetic Act*, considerou que este determinava a preempção implícita do regime de indemnização estadual nos casos de falta de advertência cuidada dos perigos associados à vacina contra a difteria<sup>166</sup>.

Ou ainda, no caso dos automóveis, em que a *Missouri District Court* considerou, no processo *Vanover v. Ford Motor Company*<sup>167</sup>, que a indemnização por danos estaria expressamente precluída pelo *National Traffic and Motor Vehicle Safety Act*, na medida em que, se se permitisse demandar civilmente os construtores por não terem instalado o sistema de segurança conhecido como *airbag*, tal equivaleria a obrigar os produtores a escolherem entre montarem *airbags* em todos os veículos ou terem de suportarem pesadas condenações a título de responsabilidade civil. Refira-se que o *Safety Act* contém, curiosamente, cláusulas de salvaguarda em benefício da *state common law* nesta matéria.

Mas vejamos em detalhe a questão do *airbag* a qual ilustra de forma cabal a necessidade de estabelecer uma fronteira clara entre as competências regulatórias estaduais e o regime dos Estados em matéria de responsabilidade civil, bem como a necessidade de evitar que este último não seja instrumentalizado diante dos Tribunais para a prossecução de objectivos que materialmente relevam da função regulatória.

---

<sup>166</sup> *Hurley v. Lederle Laboratoires*, 651 F. Supp. 993 (E.D. Tex 1986), citado por Edell, M.Z. e Walters, C.A., op. cit., p.624.

<sup>167</sup> 632 F. Supp. 1095 (E.D. Mo. 1986), citado por Edell, M.Z. e Walters, C.A., op. cit., p. 626.

#### 4.2. a questão do 'AIRBAG'

A questão da instalação obrigatória de airbag - sistema automático de segurança que protege os passageiros da parte anterior dos veículos automóveis - por parte dos construtores da indústria automóvel, tem constituído um debate muito interessante nos Estados Unidos e revela-se um terreno muito útil no jogo de diversas estratégias regulatórias que, girando em torno da doutrina da preempção, pretendem fazer valer a sua argumentação sobre os objectivos dos seus adversários<sup>168</sup>. Em termos gerais, pode-se dizer que a agência governamental com competências regulatórias em matéria de segurança automóvel, a *National Highway Traffic Safety Administration* (NHTSA), cuja competência delegada na matéria lhe foi atribuída pelo *United States Department of Transportation*, foi frequentemente chamada a pronunciar-se sobre a obrigatoriedade de instalação deste dispositivo de segurança em todos os veículos comercializados em território americano.

No sequência de um longo estudo desenvolvido por esta mesma agência, que compreendeu uma demorada fase de audiências sobre a questão e uma sofisticada análise comparada dos custos e da eficiência dos vários sistemas protectivos de passageiros, a NHTSA conclui que o sistema de airbag se revelava eficaz apenas nas colisões frontais, não se revelando possível activá-lo nos embates laterais ou traseiros e sendo, por isso, preferível a adopção do uso obrigatório do cinto de segurança de passageiros como sistema geral de protecção. Desse estudo resultava ainda que, se cerca de 70% dos condutores usasse o cinto de segurança, conseguir-se-ia uma redução de mortalidade nos acidentes automóveis equivalente àquela que seria alcançável no caso da totalidade da frota automóvel se encontrar dotada de airbag,

---

<sup>168</sup> Wilton, T., *Federalism Issues in "No Airbag" Tort Claims: Preemption and Reciprocal Comity*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 61: 1, 1986, p.3.

facto este que seria necessariamente demorado, com um prazo estimado de dez anos, na medida em que se teria de aguardar pela saída de circulação de todos os veículos comercializados anteriormente à aprovação do novo requisito. Por estes motivos, a agência federal decidiu-se pela adopção da obrigatoriedade dos cintos de segurança, em detrimento do sistema de *airbag*, como o meio mais eficaz, mais rápido e de mais baixo custo na redução do número de vítimas mortais e de feridos em consequência de acidentes de automóvel.

Como se compreende, a questão da segurança automóvel é um problema de fundamental interesse público<sup>169</sup>. O Congresso confiou à NHTSA como uma entidade que, devido ao seu grau de conhecimento técnico e aos níveis de informação de que pudesse dispor, adoptasse uma regulamentação adequada dos níveis de segurança dos veículos automóveis comercializados nos Estados Unidos, que fosse ao encontro das expectativas dos consumidores nesta matéria, bem como definisse regras justas e previsíveis para os construtores. A prossecução desta política implicava, porém, que os objectivos ínsitos no estabelecimento de NHSTA fossem realizados a nível nacional e que a agência governamental definisse as suas normas de segurança de modo uniforme e aplicável em todo o território federal. De facto, a uniformidade dos critérios de segurança é um factor crucial para o esforço produtivo da indústria automóvel, mas também, e sobretudo, para a protecção do consumidor destinatário deste género de produtos.

Em face da decisão da agência federal de não estabelecer o *airbag* como elemento obrigatório do sistema de segurança dos veículos automóveis, os defensores deste sistema desenvolveram uma nova estratégia que lhes permitisse contornar o conteúdo do regulamento federal. Essa nova estratégia consistiu em deslocar os seus esforços para os

---

<sup>169</sup> Mashaw, J.L., Harfst, D.L., *The Struggle for Auto Safety*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, p. 205.

tribunais, não em vista de obter o controlo da legalidade da decisão administrativa em causa, mas tentando que as instâncias judiciais adoptassem uma jurisprudência constante que permitisse às vítimas de acidentes rodoviários obter indemnizações por danos sofridos em colisões nas quais fosse possível demonstrar que se o veículo fosse provido de airbag teria havido uma redução do dano corporal causado<sup>170</sup>. Portanto, trata-se de um expediente jurídico-processual que, fazendo recurso às competências estaduais em matéria de responsabilidade civil, tenta obter os resultados materiais que não foram alcançados através da regulamentação emanada pela agência federal. Daí que muitos tribunais estaduais tenham sido frequentemente solicitados a pronunciar-se sobre pedidos de indemnização que tinham por base este tipo de circunstâncias de facto.

Evidentemente que esta estratégia suscita a questão mais profunda do relacionamento entre o poder regulatório das agências federais e as disposições que relevam do direito da responsabilidade civil estadual e, em particular, o problema de saber se numa situação em que a agência governamental estudou com profundidade e rigor o objecto material da sua regulamentação e, na sequência desse estudo, adoptou um acto normativo que enuncia uma solução equilibrada dos vários interesses em presença, se poderá o direito da responsabilidade civil estadual constituir uma via alternativa para esvaziar o acto federal. É neste contexto que cabe colocar o problema da preempção e perguntar se a regulamentação federal que estabelece padrões de segurança aos construtores automóveis deverá ter ou não um efeito preemptivo sobre tais disposições estaduais.

O acto federal que estabelece o sistema normativo de base em matéria de definição das características de segurança gerais

---

<sup>170</sup> Wilton, T., *Federalism Issues in "No Airbag" Tort Claims: Preemption and Reciprocal Comity*, op. cit., p. 35.

dos veículos automóveis, o *National Traffic and Motor Vehicle Safety Act*, do Congresso, atribui à *Secretary of Transportation*, ou a uma entidade a quem esta delegue esses poderes<sup>171</sup>, a competência para definir os *standards* de segurança aplicáveis a todos os automóveis produzidos, ou importados para comercialização, nos Estados Unidos. Diferentemente de outros actos federais, o *Safety Act* não se limita a estabelecer *minimum standards*, mas atentos os objectivos que se propõe regular e os interesses que lhe estão subjecentes, define um conjunto de *uniform standards*. A diferença entre um acto federal que define *minimum standards* e um outro que impõe *uniform standards* é, como refere a *Supreme Court*<sup>172</sup>, que no primeiro caso apenas se verifica um conflito com o direito estadual no caso deste definir níveis de protecção inferiores aos do acto federal. Níveis de protecção equivalentes ou superiores não são, em princípio, incompatíveis com as normas federais, desde que se verifique a possibilidade de cumprir com ambos os níveis definidos. Pelo contrário, se se estiver em presença de um acto que imponha *uniform standards*, então, qualquer outro padrão estadual que difira daquele estabelecido no acto nacional, seja ele inferior, ou mesmo superior, é considerado incompatível com o objectivo de uniformidade estabelecido pelo acto federal. No fundo, em termos das modalidades preemptivas, referidas na parte I, um acto federal que imponha *minimum standards* determina apenas o recurso a uma situação de *conflict preemption analysis*; pelo contrário, a aplicação de *uniform standards* evidencia a intenção do regulador federal de proceder à *occupation of the field*, precluindo toda e qualquer intervenção dos Estados na matéria.

No *Safety Act*, encontra-se uma cláusula preemptiva que declara a regulamentação federal como sendo totalmente

---

<sup>171</sup> a *National Highway Traffic Safety Administration* (NHTSA).

<sup>172</sup> *Hillsborough County v. Automated Med. Lab., Inc.*, 105 S. Ct. 2371, (1985), p. 2380.

exclusiva em relação a todos os aspectos por ela tratados. Aos Estados é apenas permitida a aplicação das suas normas que definam *identical regulations* àquelas estabelecidas no plano federal<sup>173</sup>. Não se deixa qualquer tipo de espaço para os *standards* estaduais que estabeleçam níveis inferiores, ou mesmo superiores, aos definidos pela regulamentação federal. Refira-se que esta técnica legislativa se afasta da prática comum em matéria de cláusulas preemptivas dos actos do Congresso as quais, normalmente, precludem apenas as normas estaduais que se verifique serem incompatíveis com o conteúdo das disposições federais. Está-se, assim, perante uma taxativa definição do efeito preemptivo das disposições federais<sup>174</sup>, as quais pressupõem, portanto, a exclusão de todos os preceitos estaduais que não enunciem os mesmos *standards* contidos pela regulamentação federal. Uma expressão tão restrita da cláusula preemptiva deve ser interpretada, pois, como uma clara intenção do poder legislativo de afirmar a necessidade de proceder a uma uniformização dos preceitos relativos à segurança dos ocupantes de veículos automóveis.

Todavia, o *Safety Act* contém uma *saving clause* do regime da responsabilidade civil estadual<sup>175</sup> a qual estabelece que o respeito dos *standards* do acto federal não isenta os operadores económicos do pagamento de eventuais indemnizações nos termos da *state common law*. Põe-se, então, a questão de saber se esta *saving clause* deve ser lida de um modo literal, ou seja, permitindo que a *state common law* pudesse, na prática, anular os objectivos da regulamentação federal e

---

<sup>173</sup> "Whenever a Federal motor vehicle safety standard established under this subchapter is in effect, no State or political subdivision of a State shall have any authority either to establish, or to continue in effect, with respect to any motor vehicle or item of motor vehicle equipment any safety standard applicable to the same aspect of performance of such vehicle or item of equipemnt which is not identical to the Federal standard.", 15 U.S.C. § 1392 (d) (1982).

<sup>174</sup> Wilton, T., *Federalism Issues in "No Airbag" Tort Claims: Preemption and Reciprocal Comity*, op. cit., p. 15.

<sup>175</sup> "Compliance with any federal motor vehicle safety standard issued under this subchapter does not exempt any person from any liability under common law.", 15 U.S.C. § 1397 (c) (1982).

permitisse que os construtores, mesmo cumprindo com as normas federais, fossem sujeitos ao regime de responsabilidade estadual por não terem instalado o sistema de *airbag*. O que equivaleria a admitir que os Estados poderiam definir um *standard* de segurança próprio, traduzido na exigência da instalação de *airbag* para os veículos comercializados dentro do seu território. Tal implicaria que os fabricantes que o não fizessem ficariam sujeitos ao pagamento de severas quantias em resultado de futuras condenações em indemnização pelo dano causado<sup>176</sup>. Ora, uma tal interpretação da *saving clause* não se afigura compatível com o propósito de uniformização dos níveis de segurança automóvel prosseguidos pelo *Safety Act*.

Na verdade, uma tal leitura da *saving clause* frustraria os objectivos da regulamentação federal. Se o *Safety Act* pretende estabelecer preceitos uniformes em matéria de segurança de veículos e com essa finalidade inclui no seu dispositivo uma apertada cláusula de preempção das disposições regulatórias estaduais, não se pode interpretar a cláusula de salvaguarda em termos tais que se permita aos Estados ditar novas condições em matéria de segurança. Isso significaria, no caso em apreço, que as disposições estaduais relativas ao regime da responsabilidade civil, que o *Safety Act* não pretende pôr em causa, produziriam um efeito equivalente às normas regulatórias emanadas pelas competentes autoridades estaduais, as quais foram objecto de preempção pelo acto federal. Assim sendo, e fazendo uso da *conflict analysis*, as disposições de *state common law* deverão ser objecto de preempção na medida em que constituam um obstáculo à realização do propósito federal de uniformizar os *standards* de segurança dos veículos automóveis. Desta análise resulta que, um regime de responsabilidade civil de um Estado que imponha um *standard* de segurança diferente - o *airbag* - dos

---

<sup>176</sup> Mashaw, J.L., Harfst, D.L., *The Struggle for Auto Safety*, op. cit. p.95.

enunciados pela regulamentação federal e, por este facto, entre em conflito com o anunciado propósito de uniformidade, deve ser objecto de preempção pelo acto federal<sup>177</sup>.

Assim, pode-se concluir que em termos técnico-jurídicos o legislador utiliza uma cláusula preemptiva que, embora recusando operar uma situação expressa de *occupation of the field* de todas as competências estaduais, realiza uma necessária preempção do regime dos Estados em matéria de responsabilidade civil, sempre que a aplicação deste último tenha por efeito a definição indirecta de outros *standards* de segurança. A decisão de proceder à preempção dessas disposições estaduais realiza-se na sequência de uma interpretação de *conflict analysis* dos dois tipos de normas em causa, nos termos anteriormente descritos. O sentido da inclusão da *saving clause* é o de indicar que os níveis de segurança definidos pela NHTSA constituem *standards* de aplicação exclusiva, mas que não são, no entanto, absolutos em matéria de responsabilidade civil. Ou seja, em todos os casos em que, por exemplo, não existam normas atinentes à instalação defeituosa de produtos relativos ao sistema de segurança dos veículos, os Estados serão livres de aplicar o seu regime relativo à responsabilidade civil do produtor.

#### 4.3. '*federal occupation of the field*' do regime da responsabilidade civil estadual

Em matéria de protecção dos consumidores por via da responsabilidade civil dos produtos defeituosos, questão que no sistema jurídico americano é uma prerrogativa estadual, a

---

<sup>177</sup> Wilton, T., *Federalism Issues in "No Airbag" Tort Claims: Preemption and Reciprocal Comity*, op. cit., p. 27.



responsabilidade civil do governo dos Estados Unidos, enquanto parte contratante, conhece uma importante exceção ao regime geral em virtude do princípio da imunidade do governo, resultante do carácter soberano desta instituição<sup>178</sup>. Na verdade, o governo federal encontra-se protegido de todo o tipo de interpelação judicial derivado de responsabilidade por produtos defeituosos, ou perigosos, com exceção das situações em que o próprio governo manifeste a sua vontade expressa de assumir essa mesma responsabilidade. O poder judicial fundamenta este regime de exceção na imunidade soberana do governo, bem como por motivos de prossecução do interesse público, os quais justificariam o afastamento da interferência das normas estaduais em situações como a abertura de concursos públicos para fornecimento de material militar.

A questão que se coloca é a de saber qual o alcance desta imunidade contratual estabelecida em favor do governo federal. Em princípio, a isenção do regime normal da responsabilidade civil seria apenas aplicável à administração nacional, aos funcionários e agentes desta, bem como às agências governamentais. Porém, em muitas situações em que se discutam questões de responsabilidade civil de produtos defeituosos o problema mais delicado consiste em saber se aqueles que estabelecem relações contratuais com o governo federal, de fornecimento de serviços ou de realização de obras públicas, se encontram igualmente cobertos pelo estatuto de imunidade aplicável ao governo. Com efeito, não existe qualquer disposição do poder legislativo federal que estenda o regime de privilégio, relativamente à disciplina normal da responsabilidade civil, àqueles que executam contratos de bens ou serviços em benefício do governo da Nação. Portanto, compete ao poder judicial decidir se os

---

<sup>178</sup> Note, *Rethinking 'Boyle v. United Technologies Corp.'* Government Contractor Defense: Judicial Preemption of the Doctrine of Separation of Powers?, *The American University Law Review*, Vol. 39:391 1990, p. 393.

particulares que realizem tais contratos com a administração nacional partilham da mesma imunidade de responsabilidade a qual, como se referiu, encontra a sua justificação no carácter soberano do governo.

Era justamente este o problema que se colocava no caso *Boyle v. United Technologies Corp.*<sup>179</sup>. Os factos deste processo podem, sucintamente, descrever-se do seguinte modo: durante um exercício de treino militar o helicóptero em que viajava o Tenente Boyle, piloto da marinha de guerra americana, juntamente com outros três companheiros, despenhou-se nas águas do Oceano Atlântico, junto à costa do Estado de Virgínia. Apesar de os três tripulantes terem conseguido escapar deste acidente sem graves danos pessoais, o Tenente Boyle, em virtude de não ter funcionado o mecanismo de ejeção do seu assento, faleceu afogado nas águas do oceano. Seu Pai intentou uma acção de indemnização contra o fabricante de tais helicópteros, a *Sikorsky Division of United Technologies Corporation*, acusando-a de negligência e de violação das medidas de segurança na concepção do sistema de ejeção daquele veículo aéreo, factos estes que, no caso, teriam determinado a morte do filho.

No acórdão que proferiu, a *Supreme Court*, numa decisão bastante dividida como o demonstra o facto do resultado da votação no seio do colectivo de julgamento ter sido de cinco contra quatro, começou por afirmar que apesar da inexistência de legislação federal que isentasse, de responsabilidade civil por produtos defeituosos, aqueles que contratavam bens e serviços com o governo, considerou que em certas áreas, como as do caso em análise, se estaria na presença de interesses exclusivamente federais<sup>180</sup> e que nessas situações a *federal common law* deveria precluir e substituir a aplicação do direito estadual, designadamente, dos preceitos aplicáveis

---

<sup>179</sup> 108 S. Ct. 2510 (1988).

<sup>180</sup> 108 S. Ct. 2510 (1988), p. 2513.

em matéria de responsabilidade. No entendimento da *Supreme Court* essa prevalência do interesse federal que afastaria a responsabilidade contratual do fornecedor aconteceria desde que se preenchessem as seguintes condições: primeiro, que o governo tivesse sido suficientemente preciso no estabelecimento das condições contratuais; segundo, que o equipamento fornecido respeitasse essas mesmas especificações; terceiro, que o fornecedor tivesse avisado o governo para os perigos eventualmente existentes e que fossem do seu conhecimento no uso desse equipamento, mas ignorados pelo governo. Tendo considerado como verificadas tais condições, a *Supreme Court* declarou a preempção do direito estadual invocado pelo recorrente em matéria de indemnização por responsabilidade civil no acidente que causou a morte ao Tenente Boyle. Portanto, a *Court* considerou que se estaria em presença de um interesse federal dominante pelo que se justificaria a *occupation of the field* naquele domínio do direito estadual.

Na sua declaração de voto vencido, o Juíz Brennan, seguido pelos colegas que discordaram do entendimento maioritário do Tribunal, considerou a decisão da *Supreme Court* como equivalendo à criação de uma norma legislativa que negaria à família do Tenente vitimado a indemnização que a aplicação do direito estadual lhe consentiria<sup>181</sup>. Uma tal norma não deveria, em caso algum, resultar da actividade criativa do poder judicial, sendo antes da competência estrita do Congresso. Donde lhe parecia incorrecto a invocação da *federal preemption* do direito estadual para alcançar esse objectivo, sobretudo se se considerar que tal decisão tinha sido obtida através do sacrifício da soberania normativa dos Estados num domínio em que estes historicamente têm exercido uma competência plena<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> 108 S. Ct. 2510 (1988), p. 2520.

<sup>182</sup> 108 S. Ct. 2510 (1988), p. 2521.

#### 4.3.1. consequências

A primeira das asserções que se pode retirar deste acórdão da Supreme Court é a de que esta instituição ao entrar em matéria de política legislativa, a qual releva da competência exclusiva e soberana do Congresso, infringe a própria doutrina da separação de poderes<sup>183</sup>. Na verdade, só o Congresso tem autoridade para conferir imunidade contratual ao comportamento negligente daqueles que contratam com o governo federal. E deve fazê-lo através de uma lei nacional. O poder judicial pode apenas criar uma *federal common law* nessas áreas, mas não pode, seguramente, invadir a esfera de competências de um outro órgão de soberania, estabelecendo um novo grupo de agentes não-governamentais e permitindo-lhes o benefício da isenção de responsabilidade civil de que goza o governo federal em virtude da sua posição soberana.

A segunda das conclusões que se extrai do acórdão analisado tem a ver com a posição do direito estadual relativo à responsabilidade contratual por produtos defeituosos. De facto, a decisão da Supreme Court provocou uma modificação, melhor dizendo uma diluição substancial dos direitos de terceiros em matéria de indemnização por responsabilidade civil. A expectativa jurídica da responsabilidade do produtor que existia antes do acórdão Boyle foi fortemente posta em causa pelo dispositivo desta decisão. Sendo certo que o Congresso por diversas vezes recusou conceder este tipo de isenção aos fornecedores governamentais de bens e serviços, apesar da pressão a que estes o submeteram para que actuasse nesse sentido. E, portanto, para proceder à preempção do direito estadual relativo à responsabilidade civil, como o fez este acórdão, necessário seria que a Supreme Court

---

<sup>183</sup> Note, *Rethinking 'Boyle v. United Technologies Corp.' Government Contractor Defense: Judicial Preemption of the Doctrine of Separation of Powers?*, The American University Law Review, Vol. 39:391 1990, p. 428.

tivesse levado em conta, na falta de instrumento legislativo específico, o elemento volitivo do Congresso neste domínio. Na verdade, a própria aplicação da figura da preempção, sobretudo nas áreas de competência tradicional dos Estados, tem como pressuposto a existência de uma intenção clara e manifesta do Congresso<sup>184</sup> de se substituir à regulamentação estadual.

---

<sup>184</sup> Note, *Statutory Preemption of Federal Common Law: 'Milwaukee v. Illinois'*, Washington University Journal of Urban Contemporary Law, Vol. 24: 245, 1983, p. 256.

## 5. Um caso de funcionamento de uma 'express preemption clause': ERISA

Um excelente exemplo das relações normativas que se estabelecem entre as entidades componentes do sistema federal pode ser captado pela apreciação da cláusula preemptiva contida no *Employee Retirement Income Security Act (ERISA)*<sup>185</sup>, de 1974. Nos Estados Unidos, o problema da regulação das pensões de reforma foi, de início, da responsabilidade dos governos locais ou estaduais e, na sua maior parte, deixada à livre iniciativa das grandes empresas ou da contratação sindical. O fenómeno da industrialização, os anos da grande depressão, bem como o advento do Estado Providência que se lhe seguiu, chamaram a atenção para a necessidade de garantir um mínimo de legislação social que protegesse a situação dos trabalhadores reformados.

No entanto, no *Welfare Pension Plan Disclosure Act (WPPDA)*, de 1958, o Congresso manteve a filosofia de que seriam tanto os Estados como as entidades particulares os principais responsáveis na implementação e gestão dos planos de pensões de reforma. As crescentes irregularidades verificadas na gestão de planos de pensões, lesivas dos direitos dos destinatários ao seu efectivo recebimento, para além dos inconvenientes resultantes das disparidades em termos de custos de emprego verificadas nos diversos Estados, em consequência da regulação desses planos se realizar numa base estadual e voluntária - penalizando deste modo os Estados mais avançados em matéria de protecção dos direitos sociais dos trabalhadores - convenceram a administração Kennedy, em 1962, a formar um grupo de trabalho que estudasse a adopção de um plano de pensões de reforma numa perspectiva nacional.

---

<sup>185</sup> Sobre o efeito preemptivo de ERISA no direito estadual ver Gregory, D., *The scope of ERISA preemption of State law: a study in effective federalism*, in *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 48: 427, 1987.

Assim, nos anos sessenta consolidou-se a ideia da necessidade de estabelecer uma legislação nacional que compreendesse todo o regime jurídico das pensões de reforma, tendo sido apresentadas no Congresso as primeiras propostas nesse sentido. Essa necessidade foi de algum modo reforçada pela queda da Bolsa de Valores, ocorrida no início da década de setenta, e pela consequente derrocada que esta provocou na situação financeira de numerosos fundos de pensões. Em 1974 foi adoptado o *Employee Retirement Income Security Act (ERISA)*, o qual federalizou o regime jurídico das pensões de reforma e atribuiu ao governo nacional a responsabilidade principal da sua regulamentação e aplicação, afastando as prerrogativas precedentes dos Estados e das entidades particulares nesta matéria.

Curiosamente, ERISA não impôs ao patronato um regime obrigatório de planos de pensões de reforma em benefício dos seus trabalhadores. A adopção destes planos mantém-se numa base voluntária, ainda que do seu conteúdo constem fortes incentivos à sua implementação. O que se procura, fundamentalmente, é garantir aos beneficiários desses planos de pensões o direito ao seu efectivo recebimento, objectivo para que se instituiu uma autoridade específica - o *Pension Benefit Guaranty Corporation (PBGC)* - a qual funciona dentro do *Department of Labor*.

#### 5.1. *cláusula preemptiva*

Relativamente ao problema do relacionamento deste instrumento federal com os actos dos Estados com o mesmo objecto material, ERISA contém uma cláusula que estabelece, em termos gerais, o efeito preemptivo do seu regime sobre a legislação estadual. Nos termos desse preceito, ERISA substitui toda e qualquer regulamentação estadual que, em termos actuais ou

futuros, se relacione com planos de pensões de reforma, sempre que não seja objecto de isenção pelo seu próprio dispositivo<sup>186</sup>. Portanto, como princípio geral estabelece-se o efeito preemptivo da lei federal sobre as disposições dos Estados. Porém, prevê-se expressamente a possibilidade de medidas estaduais poderem ser validamente conjugadas com o dispositivo de ERISA, desde que se encontrem compreendidas no quadro de situações previstas como isentas do efeito preemptivo do acto federal.

Temos, assim, uma situação em que o Congresso usou da possibilidade que detém de adpotar uma cláusula de *express preemption*. E fê-lo em termos bastante amplos, mas que não são, no entanto, nem indiscriminados nem absolutos. A vantagem desta opção do Congresso é a de que ela permite que a interpretação judicial se desenvolva dentro de uma manifestação de vontade claramente afirmada e não em torno de um vazio legal em que os tribunais devam inferir a intenção presumível do poder legislativo<sup>187</sup>. O que serve também como referência para os tribunais federais para efeitos do seu esforço de aplicação deste acto e de desenvolvimento de uma verdadeira *ERISA federal common law*.

O facto do Congresso ter estabelecido o efeito preemptivo de ERISA de um modo tão amplo pode, no entanto, ter efeitos contraproducentes em relação aos objectivos que conduziram à aprovação da legislação federal na matéria. Pode ser o caso de alguma legislação existente em Estados que evidenciem preocupações sociais mais avançadas. Mas se, por outro lado, a cláusula preemptiva for objecto de interpretação restritiva, isso poderá contribuir para frustrar os

---

<sup>186</sup> "shall supersede any and all State laws insofar as they may or hereafter relate to any employee benefit plan described in section 1003(a) of this title and not exempt under section 1003(a) of this title." , 29 U.S.C. § 1144 (1982).

<sup>187</sup> Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, *Constitititonal Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1986, p. 319.



objectivos ínsitos no acto federal em causa, os quais visam estabelecer um regime nacional que regule de forma eficaz e compreensiva o problema das pensões de reforma. No fundo, ao decidir sobre o alcance da cláusula preemptiva contida em ERISA, o poder jurisdicional não pode deixar de abordar as questões mais profundas que o assunto em si mesmo engloba e que se traduzem nas tensões imanentes nos equilíbrios de poderes patentes num sistema federal.

## 5.2. A jurisprudência da 'U.S. Supreme Court'

Por três ocasiões a *Supreme Court* foi chamada a pronunciar-se sobre a interpretação da cláusula preemptiva contida em ERISA. A primeira dessas vezes foi em *Alessi v. Raybestos-Manhattan, Inc.*<sup>188</sup>. Neste processo, a *Supreme Court* devia pronunciar-se sobre a compatibilidade com a cláusula preemptiva de ERISA de uma lei do Estado de *New Jersey* que proibia a integração nas pensões de reforma de montantes concedidos aos trabalhadores a título de compensações. O Tribunal considerou que a lei estadual era objecto de preempção por ERISA na medida em que o seu objecto se referia a pensões de reforma e que o mesmo não se enquadrava na excepção que a lei federal enunciava à sua cláusula preemptiva relativa às compensações recebidas por trabalhadores<sup>189</sup>. Ao enunciar esta leitura ampla da cláusula preemptiva, a *Supreme Court* considerou que a sua decisão se regia pelo respeito das esferas separadas de autoridade preservadas pelo sistema federal. Como refere Gregory<sup>190</sup>, esta decisão não deixa de ser surpreendente na medida em que a *Supreme Court* adoptava nessa época uma perspectiva tendencialmente restritiva das competências do governo

---

<sup>188</sup> 451 U.S. 504 (1981).

<sup>189</sup> Id. p. 524.

<sup>190</sup> Gregory, D., *The scope of ERISA preemption of State law: a study in effective federalism*, op. cit., p. 459.

federal. Assim, o sentido desta decisão só poderá ser correctamente entendido se se considerar a forma clara e rigorosa como a cláusula preemptiva vem estabelecida no acto federal em causa.

No segundo acórdão que proferiu sobre a preempção do direito estadual por ERISA - *Shaw v. Delta Air Lines, Inc.*<sup>191</sup> - a Supreme Court foi colocada perante a operatividade da chamada *double savings clause theory*. Em causa estava a legislação do Estado de New York em matéria de emprego e, em especial, as disposições relativas aos benefícios a conceder às trabalhadoras que se encontrassem incapacitadas por motivos de gravidez, as quais constituíam um regime discriminatório relativamente aos demais incapazes. Tendo em conta que os actos federais se encontram expressamente excluídos dos tipos de medidas que podem ser objecto de revogação tácita pelo texto de ERISA, receava-se que a aplicação concertada deste instrumento com o *Federal Civil Rights Act*, de 1964, pudesse isentar aquelas disposições estaduais da aplicação da cláusula preemptiva de ERISA. Contudo, a Supreme Court considerou que os aspectos da legislação estadual que se referissem a *employee benefit plans* seriam objecto de preempção parcial, em virtude de ERISA. Portanto, a Supreme Court considera que não basta que a lei dos Estados interfira com aspectos que pertencem à regulamentação exclusiva de ERISA para ser alvo de preempção por este acto federal, obrigando ainda os tribunais a determinar se a legislação estadual tem por objecto os *employee benefit plans*.

O terceiro dos processos em que a Supreme Court foi solicitada a pronunciar-se sobre o alcance do efeito preemptivo de ERISA verificou-se no caso *Metropolitan Life Insurance Co. v. Massachusetts*<sup>192</sup>, em que o Tribunal teve de

---

<sup>191</sup> 463 U.S. 85 (1983).

<sup>192</sup> 105 S. Ct. 2380 (1985).

se confrontar com o alcance das cláusulas preemptiva e de reserva das competências estaduais. Em concreto, pretendia-se que a *Supreme Court* declarasse se uma lei do Estado de Massachusetts, que obrigava a entidade patronal a estabelecer um nível mínimo de protecção em matéria de cuidados de saúde mental através da constituição de apólices de seguros que cobriam até 60 dias de internamento hospitalar, se devia considerar como disposição legal referente a matéria de seguros de saúde - que como tal se encontrava expressamente isenta do efeito preemptivo de ERISA - ou se, pelo contrário, se referiria a *employee benefit plans* e seria, consequentemente, objecto de preempção pelo acto federal. Embora criticando a aridez da forma pela qual o Congresso tinha estabelecido os dois artigos relativos à preempção (*relate to e saving clauses*), como oposto dos paradigmas de clareza e boa técnica legislativa<sup>193</sup>, a *Supreme Court* pronunciou-se por um entendimento amplo da cláusula de reserva de competências, de modo preservar a lei do Estado de Massachusetts. Ainda que tivesse reconhecido o impacto indirecto de tal legislação em matéria de *employee benefit plans*.

Os críticos desta decisão consideram que ela provoca situações discriminatórias no contexto nacional, na medida em que, com este acórdão se deixam sem o mesmo tipo de protecção todos os residentes dos Estados onde não existam semelhantes disposições legislativas<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> 105 S. Ct., p. 2389.

<sup>194</sup> Gregory, D., *The scope of ERISA preemption of State law: a study in effective federalism*, op. cit., p.469.

## 6. Aspectos relativos à implementação judicial da preempção

### 6.1. A determinação do foro judicial competente e a 'complete preemption doctrine'

Um assunto de grande interesse em matéria de aplicação da doutrina da preempção na ordem jurídica dos Estados Unidos relaciona-se com o problema de saber o tipo de órgão jurisdicional que tem competência para decidir sobre a questão da preempção do direito estadual, ou seja, se os tribunais estaduais podem eles próprios decidir sobre esta matéria, ou se se trata de aspecto cujo julgamento deverá ser conferido em exclusivo aos tribunais federais<sup>195</sup>. Na verdade, embora os tribunais estaduais estejam vinculados, nos termos da *supremacy clause*, a respeitar e aplicar o direito federal, permanece certa margem de penumbra em relação ao grau de eficácia destes órgãos estaduais na aplicação das normas emanadas pelas instituições federais<sup>196</sup>, especialmente quando aquelas são susceptíveis de afectar a validade de preceitos do próprio ordenamento estadual, como sucede nos casos de *federal preemption*.

Efectivamente, embora ambas as jurisdições se encontrem numa situação paritária<sup>197</sup> para a aplicação do direito federal e se reconheça que os juizes das instâncias estaduais possuam os

---

<sup>195</sup>Os tribunais estaduais desempenham, tradicionalmente, uma importante função na aplicação do direito federal. Como regra geral, as instâncias judiciais estaduais têm jurisdição concorrente com os tribunais federais para conhecer dos processos relativos à aplicação de questões de direito federal. Cfr. Redish, M.H., *Federal Jurisdiction: Tensions in the Allocation of Judicial Power*, The Bobbs-Merril Company, Inc. Publishers, Indianapolis, 1980, p. 109.

<sup>196</sup> Currie, D.P., *Federal Courts - Cases and Materials*, 4th Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990, p. 139.

<sup>197</sup> Cf. acórdão da Supreme Court, em *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976).

conhecimentos técnicos adequados e a irrecusável boa vontade na aplicação do ordenamento jurídico nacional, existe certo temor de os magistrados estaduais poderem adoptar posturas algo contemporizadoras para com o seu direito quando se lhes deparem situações de conflito com disposições federais. Acresce a esse receio o próprio modo de provimento dos juizes estaduais se fazer, em grande número de casos, mediante eleição directa da população local. Situação de todo inexistente quanto aos juizes federais que são magistrados de carreira e não respondem perante o seu eleitorado. Deste modo, o facto de muitos juizes estaduais terem a continuidade de exercício de seus cargos dependente da confiança da população afecta-os na sua acção julgadora, sobretudo nas situações em que se contraponham as leis do Estado a que estão vinculados com leis federais adversas. Por isso, nos casos de conflito em que se suscitem questões de aplicação da doutrina da preempção, existe o risco de os juizes estaduais serem tentados a considerar a não-preclusão do direito do seu Estado<sup>198</sup>, com prejuízo da aplicação das normas federais.

Acresce ainda o facto de que em muitos tribunais estaduais os processos se desenrolarem com o instituto do júri o que acentua, obviamente, uma maior propensão em favor dos interesses locais. Esta situação é particularmente frequente nos litígios que envolvem questões laborais. Nestes processos, a estratégia dos sindicatos aponta para uma preferência dos tribunais estaduais, em detrimento dos federais, na medida em que visam conseguir uma maior receptividade por parte dos respectivos júris em face de problemas que detêm uma maior relação com a realidade local. Donde resulta que a questão da determinação da natureza do tribunal competente pode revelar-se um aspecto decisivo no veredicto final.

---

<sup>198</sup> Note, *The Breadth of Complete Preemption: Limiting the Doctrine to Its Roots*, Virginia Law Review, Vol. 76: 1601, 1990, p. 1629.

A jurisprudência norte-americana tradicionalmente considera o autor da petição inicial como o sujeito processual que estabelece os fundamentos da acção, incluindo a escolha da jurisdição na qual se desenrolará o julgamento, segundo o princípio de que *the plaintiff is the 'master' of the complaint*<sup>199</sup>. Pode acontecer que o sujeito processual que interpõe uma acção judicial tenha mais interesse, pelos motivos expostos, em preferir que aquela corra os seus trâmites num tribunal de Estado em vez de num órgão jurisdicional federal.

Refira-se que nos casos em que se suscitem questões de direito federal, as acções judiciais deverão decorrer perante instâncias federais, pois, são estas que se encontram melhor habilitadas para proceder à correcta interpretação deste direito, bem como decidir pela aplicação das normas federais, sobretudo, nas situações em que se verifique uma certa hostilidade da parte dos Estados. Com este propósito, o sistema judicial americano possui na sua estrutura orgânica os chamados *lower courts*<sup>200</sup> os quais têm competência para conhecer de todos os processos em que se suscitem questões relativas à aplicabilidade da Constituição, dos Tratados ou do direito federal dos Estados Unidos<sup>201</sup>.

Acontece que o sujeito que interpõe uma acção judicial pode tentar manipular os fundamentos jurídicos do seu pedido com o intuito de evitar que a mesma se desenrole perante uma jurisdição federal. Para além dos motivos de conveniência

---

<sup>199</sup> Note, *The Breadth of Complete Preemption: Limiting the Doctrine to Its Roots*, Virginia Law Review, Vol. 76: 1601, 1990, p. 1607.

<sup>200</sup> A estrutura judicial federal é, fundamentalmente, composta pelos *district courts*, que são as instâncias federais de base e que se localizam em todos os Estados e no *District of Columbia*; por doze *Court of Appeals*, que são instâncias de recurso das decisões dos *district courts*; e pela *Supreme Court* que, entre outras competências, conhece dos recursos dos *Courts of Appeals*, bem como das decisões proferidas pelos Tribunais estaduais na medida em que estas envolvam a aplicação das chamadas *federal questions*. Cfr. Currie, D.P., *Federal Courts - Cases and Materials*, op. cit., p. 3.

<sup>201</sup> 28 U.S.C. § 1331 (1988).

anteriormente referidos, relativos à preferência pelo foro estadual, sucede que o objectivo de manipulação dos fundamentos do pedido visa frequentemente evitar que o tribunal decida sobre questões de preempção do direito estadual. Porém, para fazer face a semelhante situação, a Supreme Court afirmou uma jurisprudência constante que permite ao demandado num processo judicial de remover<sup>202</sup> a acção contra ele interposta para o respectivo federal district court. Esta figura jurisprudencial é conhecida como *complete preemption doctrine*<sup>203</sup>. As circunstâncias necessárias para que o demandado se possa prevaler do foro federal exigem que este possa demonstrar que apesar do autor não ter invocado o direito federal no seu pedido, se está em presença de uma situação que requer a aplicação de disposições de tal ordenamento e que o acto federal aplicável ao caso em apreço é de tal modo exaustivo na sua regulamentação que se substitui às normas jurídicas estaduais em que se fundamenta o pedido do autor.

Um dos riscos da *complete preemption doctrine* é de que esta possa, por seu turno, ser instrumentalizada pelos demandados em foros estaduais como um meio processual autónomo com a finalidade de obter a remoção do processo para uma jurisdição federal<sup>204</sup>. A utilização de um expediente deste tipo constituiria, assim, uma perigosa diminuição das competências judiciárias estaduais o que teria, por certo, reflexo não desprezível na estrutura judicial nacional e pesaria sobre os equilíbrios estabelecidos dentro do sistema federal atentando, também, contra a própria soberania judicial dos Estados. Para além do facto de desencadear ainda a questão da

---

<sup>202</sup> Note, *Federal Jurisdiction Over Declaratory Judgements Suits - Federal Preemption of State Law*, University of Illinois Law Review, Vol. 1986, N°1, p. 138.

<sup>203</sup> A primeira vez que a Supreme Court afirmou a *complete preemption doctrine* foi no acórdão *Avco Corp. v. Aero Lodge No. 735*, 390 U.S. 557 (1968).

<sup>204</sup> Note, *The Breadth of Complete Preemption: Limiting the Doctrine to Its Roots*, Virginia Law Review, Vol. 76: 1601, 1990, p. 1602.

capacidade de absorção pelos tribunais federais do número de processos que a simples invocação da aplicação do direito federal determinaria. Por estes motivos, a *Supreme Court* foi levada a refrear as condições em que pode ser realizada a remoção de uma acção judicial, a pretexto da invocação da *complete preemption doctrine*. Assim, a *Supreme Court* exige que se verifique para proceder a um reenvio para um foro judicial federal - adicionalmente às circunstâncias atrás referidas - uma situação em que o acto federal, aplicável no caso em apreço, forneça os fundamentos de uma causa de pedir para nova acção federal autónoma<sup>205</sup>, destinada a substituir o direito estadual invocado pelo autor no seu pedido.

#### 6.2. o mecanismo dos '*declaratory judgements*'

O direito federal norte-americano conhece um meio processual autónomo pelo qual os tribunais federais se podem pronunciar sobre a constitucionalidade de actos legislativos estaduais, bem como proferir uma interpretação conforme à sua autoridade de instância judicial nacional, das disposições dos actos normativos federais. Estas acções judiciais são conhecidas como *declaratory judgements* e foram estabelecidas pelo *Federal Declaratory Judgement Act (FDJA)*<sup>206</sup>, de 1934. Os *declaratory judgements* são um meio processual que permite tanto aos Estados, como aos particulares, interpor uma acção judicial num *federal court* destinada a obter uma decisão judicial que se pronuncie sobre a questão ou questões jurídicas subjacentes a um eventual litígio entre duas partes contrapostas. Nos termos do FDJA, qualquer das partes pode solicitar ao Tribunal federal que profira uma decisão, no âmbito de um *declaratory judgement*, independentemente da sua

---

<sup>205</sup> *Franchise Tax Board v. Construction Laborers Vacation Trust*, 463 U.S. 1 (1983).

<sup>206</sup> Ver, em versão actual, codificada e alterada, 28 U.S.C. § 2201 (1982).



posição de autor ou de demandado na questão controvertida principal. A vantagem deste mecanismo processual reside no facto do mesmo conferir às partes uma rápida elucidação sobre o cenário jurídico que serve de pano de fundo para a resolução do seu litígio. Porém, estes *declaratory judgements* não se pronunciam sobre a solução do caso concreto, que deve ser alcançada por via de normal processo contencioso.

Os *declaratory judgements* são frequentemente utilizados como modo de resolução de questões que suscitam problemas de preempção<sup>207</sup>. Na verdade, sempre que duas partes se defrontem em face de direitos e obrigações pertencentes quer ao direito federal quer a uma ordem jurídica estadual e, para a resolução dos seus interesses haja lugar à solução do conflito derivado da existência de dois níveis distintos de regulamentação, então, nestas situações, cabe determinar se o direito estadual em presença é objecto de preempção pelas normas federais aplicáveis. Ora, a determinação do efeito preemptivo da norma federal pode ser, por si só, objecto de um *declaratory judgement* por parte de um *federal court*. Este será o caso, por exemplo, de uma situação em que um particular esteja na iminência de se dever defender diante de um Tribunal estadual, nos termos de um processo que venha a ser movido pelas autoridades desse mesmo Estado, com fundamento em alegada violação de preceitos do ordenamento jurídico deste último. Nesta situação, ao particular em causa ser-lhe-à mais conveniente antecipar um *declaratory judgement* diante de um tribunal federal, solicitando a este que se pronuncie sobre se uma determinada lei federal tem efeito preemptivo sobre as normas jurídicas estaduais com base nas quais as autoridades do dito Estado se preparam para intentar a referida acção contenciosa. E, deste modo, poder evitar uma

---

<sup>207</sup> Note, *Federal Jurisdiction Over Declaratory Judgements Suits - Federal Preemption of State Law*, University of Illinois Law Review, Vol. 1986, N°1, p. 127.

sentença condenatória<sup>208</sup>, proferida pelo tribunal estadual, fundada numa pretensa violação das normas jurídicas locais que entretanto, nos termos da decisão proferida no âmbito do *declaratory judgement*, poderão ser objecto de preempção pelo direito federal, .

No entanto, o facto dos *declaratory judgements* poderem ser interpostos tanto por aqueles que teriam a posição processual de autor no processo litigioso principal, como por aqueles que seriam demandados nesse mesmo processo<sup>209</sup>, coloca alguns problemas a nível da determinação do foro judicial competente para conhecer de tal procedimento judicial. De facto, os tribunais federais só têm jurisdição perante os casos em que se suscitem questões relacionadas com a aplicação da Constituição, dos Tratados ou do direito federal dos Estados Unidos<sup>210</sup>, ou seja, casos que envolvam a chamada '*federal question*'<sup>211</sup>. Porém, um secular princípio processual, de origem jurisprudencial, designado como '*Well-Pleaded Complaint Rule*'<sup>212</sup>, veio restringir o alcance da *federal question* em termos que só será de conferir jurisdição federal às acções judiciais onde a *federal question* derive directamente do conteúdo do pedido do autor<sup>213</sup>. Donde resulta que a aplicação da *well-pleaded complaint rule* determina a denegação de jurisdição federal num processo em que a *federal question* decorra apenas da fundamentação apresentada nas alegações de defesa do demandado. Acontece que a *Supreme*

---

<sup>208</sup> Id. p. 130.

<sup>209</sup> Redish, M.H., *Federal Jurisdiction: Tensions in the Allocation of Judicial Power*, The Bobbs-Merril Company, Inc. Publishers, Indianapolis, 1980, p. 75.

<sup>210</sup> 28 U.S.C. § 1331 (1988).

<sup>211</sup> Refira-se que o *federal question statute*, ao qual se refere a nota anterior, utiliza uma expressão praticamente idêntica à do Artigo III, secção 2 da Constituição, o qual dispõe: "*The Judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or shall be made, under their authority;*".

<sup>212</sup> Note, *The Breadth of Complete Preemption: Limiting the Doctrine to Its Roots*, *Virginia Law Review*, Vol. 76: 1601, 1990, p. 1605 - 607.

<sup>213</sup> Sobre a *well-pleaded complaint rule*, ver Currie, D.P., *Federal Courts - Cases and Materials*, op. cit., p. 155 - 59.

Court considera que o princípio da *well-pleaded complaint rule* como sendo também aplicável aos *declaratory judgements*<sup>214</sup>. Como já referimos, nestas acções permite-se que ambos os eventuais contudentes no processo principal possam assumir a iniciativa de interpor este procedimento judicial. Então, torna-se difícil determinar o conteúdo do pedido do autor, na medida em que frequentemente se pode verificar a inversão da posição de cada um dos sujeitos processuais.

Na medida em que a questão suscitada no *declaratory judgment* constitua um problema de definição do efeito preemptivo do direito federal sobre disposições do ordenamento jurídico estadual então o modo como os tribunais federais julgam a *federal question* deve ser suficientemente amplo de forma a conceder o foro federal nestas situações<sup>215</sup>. Como se disse, são as jurisdições federais aquelas que melhor posicionadas se encontram para proceder à interpretação dos objectivos do Congresso, por estarem libertas de qualquer condicionamento em favor do direito estadual eventualmente presente nas jurisdições deste nível, bem como por poderem fornecer uma interpretação uniforme destes actos em todo o território nacional<sup>216</sup>. Portanto, quer os *declaratory judgements* em que particulares invocam a preempção do direito estadual em face de preceitos federais, bem como as situações que constituem como o negativo destes caso - ou seja, aquelas em que as autoridades de um determinado Estado solicitam que num *declaratory judgment* uma decisão judicial de não-preempção de certas normas do seu ordenamento jurídico, antecipando-se deste modo ao pedido preemptivo desse particular - devem ser consideradas como suscitando uma verdadeira e própria *federal*

---

<sup>214</sup> Note, *Federal Jurisdiction Over Declaratory Judgements Suits - Federal Preemption of State Law*, University of Illinois Law Review, Vol. 1986, N°1, p. 144.

<sup>215</sup> Note, *Federal Jurisdiction Over Declaratory Judgements Suits - Federal Preemption of State Law*, University of Illinois Law Review, Vol. 1986, N°1, p. 159.

<sup>216</sup> Currie, D.P., *Federal Courts - Cases and Materials*, op. cit., 1990, p. 139.

question<sup>217</sup> e, nesta medida, serem decididas por uma jurisdição federal.

---

<sup>217</sup> Note, *Federal Jurisdiction Over Declaratory Judgments Suits - Federal Preemption of State Law*, University of Illinois Law Review, Vol. 1986, N°1, p. 175.

## 7. Conclusões

### 7.1. Observações gerais

Nos termos da doutrina da preempção, sempre que o Congresso exerça qualquer uma das competências que constitucionalmente lhe tenham sido atribuídas, pode haver lugar à preclusão da legislação estadual que verse sobre o mesmo objecto. De facto, e de acordo com a *supremacy clause*<sup>218</sup>, na qual se funda a figura da preempção, o direito federal prevalece sobre as disposições normativas dos Estados que se revelem incompatíveis com o seu dispositivo.

Por outro lado, a partir dos anos trinta o Congresso revelou crescente tendência para adoptar medidas legislativas em áreas que tradicionalmente pertenciam à esfera de competência dos Estados. O que implicou um correspondente aumento dos pressupostos de facto que podiam dar lugar à aplicação da figura da preempção. Em alguns casos, porém, o legislador deixou claro o seu propósito quanto ao problema da compatibilidade das normas estaduais com as medidas por si adoptadas, tanto nas situações em que vedou aos Estados a possibilidade de emanar disposições jurídicas com o mesmo objecto, como naquelas em que estabeleceu cláusulas de salvaguarda da legislação que os Estados produziram<sup>219</sup>, ou vierem a produzir, nesse mesmo domínio. Nas demais situações, em face da inexistência de uma vontade expressa do legislador federal, compete então ao poder judicial a tarefa de inferir qual teria sido o propósito daquela entidade no tocante às relações normativas entre os dois tipos de ordenamentos jurídicos em presença.

---

<sup>218</sup> Constituição dos Estados Unidos da América, Artigo VI, cláusula 2ª.

<sup>219</sup> Hay, P., Rotunda, R.D., *The United States Federal System*, op. cit., p. 118.

As modalidades de preempção que se baseiam na procura da intenção do legislador, como é o caso da *occupation of the field*, ou na prossecução dos objectivos estabelecidos pelo Congresso, como sucede com a *obstacle preemption*, apresentam como seu aspecto mais débil o facto de conferirem uma grande margem de manobra na interpretação que delas fizer o poder judicial e, portanto, de conferirem a estes órgãos uma grande discricção na aplicação de tais critérios preemptivos. Por este mesmo facto, pode-se correr o risco de uma eventual manipulação do entendimento dos textos legislativos nos termos pretendidos pelo tribunal que deva decidir do conflito de competências submetido à sua apreciação.

Como se referiu, a doutrina da preempção foi concebida em vista das situações conflituais entre normas jurídicas emanadas pelo poder central e aquelas outras provenientes do ordenamento dos Estados, sendo que ambas as disposições são supostas versarem sobre o mesmo domínio de aplicação. No entanto, o alargamento das atribuições dos governos modernos fez com que, em certas circunstâncias, os conflitos se produzissem, não apenas entre normas com o mesmo objecto, mas inclusivé, relevando de áreas de aplicação claramente diversas: trata-se das situações de *interfield conflicts*<sup>220</sup>. Nestes casos, as modalidades de preclusão das competências estaduais do tipo *express preemption* são, por natureza, inaplicáveis na medida em que se afigura como altamente improvável que o legislador tivesse podido prever um tal tipo de conflitualidade potencial. Do mesmo modo, não são concebíveis situações de *occupation of the field* visto não ser crível que o poder legislativo tivesse querido afastar as competências estaduais que relevassem de um outro domínio de aplicação.

---

<sup>220</sup> Note, *Preemption in the Age of Local Regulatory Innovation: Fitting the Formula to a Different Kind of Conflict*, Texas Law Review, Vol 70: 1831, 1992, p. 1832

A crítica que fazem os seguidores do *New Federalism* à doutrina da preempção<sup>221</sup> reside no facto de que, ao atribuir ao poder judicial uma grande margem de discricionariedade na apreciação dos conflitos de competências, ela tende a ser instrumentalizada pelos tribunais em função das convicções políticas e sociais dos magistrados. Seria necessário, portanto, encontrar um mecanismo que permitisse conciliar a necessidade de assegurar o objectivo da adopção de instrumentos regulatórios a nível nacional com a defesa das atribuições tradicionais que os Estados possuem em certas matérias. Para a sua realização, tornar-se-ia necessário adoptar uma metodologia de interpretação dos conflitos de competências que assentasse na realização de um *dual compliance test*. Sempre que se conseguisse demonstrar a possibilidade de poder cumprir com as exigências definidas pelos dois níveis regulatórios em presença não seria necessário, nestes casos, de colocar a questão da preclusão das competências dos Estados. Recairia, então, sobre quem invocasse a preempção do direito estadual o ónus da prova da impossibilidade material de cumprir com as exigências estabelecidas pelos dois ordenamentos jurídicos. Assim, permitir-se-ia que o poder central definisse uma base regulatória ao nível nacional, não retirando, porém, aos Estados a faculdade de aumentar o nível de protecção conferido aos seus cidadãos.

A chamada *administrative preemption*, ou seja, a utilização da figura da preempção por parte das agências administrativas independentes existentes no direito americano, suscita também alguns problemas importantes. De facto, desde logo coloca-se a questão de saber por que razão estas entidades

---

<sup>221</sup> Rothschild, D.P., *A Proposed "Tonic" with 'Florida Lime' to Celebrate our New Federalism: How to Deal with the "Headache" of Preemption*, op. cit., p. 830.

administrativas devem poder exercer poderes preemptivos sobre as competências dos Estados. A resposta a esta interrogação é-nos dada de um modo tendencialmente negativo e tem que ver com a posição relativa dos demais órgãos de poder para o exercício desta função. Na verdade, e ainda que seja o Congresso a instituição que se encontra melhor colocada para o exercício de uma tal prerrogativa<sup>222</sup>, tendo em conta a legitimidade política de que beneficia, na prática faltam-lhe as condições materiais para o seu exercício, o que faz com que delegue a estas entidades independentes não apenas a função de regular em profundidade aspectos bem demarcados da vida económica e social da Nação, mas também a questão das relações que se estabeleçam entre esta regulação federal e as medidas adoptadas ao nível estadual, limitando-se a instituição legislativa a enunciar os princípios gerais pelos quais se deve pautar a actividade das agências administrativas.

Do mesmo modo, também os órgãos judiciais procuram evitar que sobre eles recaia a decisão sobre as relações que se estabeleçam entre as medidas provenientes destes dois distintos ordenamentos jurídicos, em particular, nas situações em que estejam em causa aspectos que revestem um grau de conhecimento técnico-científico bastante elevado cujo domínio não se encontra, claramente, ao alcance dos tribunais. Acresce que, as mais das vezes, os tribunais não têm também propensão para motivar as suas decisões em juízos fundados sobre avaliações de *costs and benefits*, como as circunstâncias materiais o exigiriam, o que, justamente, consideram ser uma análise de carácter mais marcadamente político do que jurídico e que, portanto, se afasta da natureza principal da suas funções. Nestes termos, e por exclusão de instituições envolvidas, se explica o motivo pelo

---

<sup>222</sup> Pierce, R. J., *Regulation, Deregulation, Federalism, and Administrative Law: Agency Power to Preempt State Regulation*, op. cit., p.663.



qual as agências administrativas se vêm também envolvidas em matéria de *administrative preemption*.

Porém, não se poderá esquecer que esta função das agências federais coloca importantes questões, de difícil resposta, ao nível do problema da sua própria legitimidade, tendo em conta a natureza de tais corpos administrativos, para procederem ao afastamento do direito emanado por entidades soberanas como os Estados. Não se deve esquecer que as agências são entidades estabelecidas pelo Congresso com o objectivo de prosseguirem funções de regulação e de supervisão em áreas bem determinadas de actuação dos poderes públicos federais. Nesta qualidade, as agências não dispõem do mesmo tipo de responsabilidade política de que gozam as instituições democráticas, ainda que estejam sujeitas a um normal controlo de legalidade dos seus actos exercido por parte dos tribunais. Como se disse, o problema da legitimidade destas entidades pode passar por uma alteração do entendimento das formas tradicionais de conceber o governo das sociedades modernas, reconhecendo-lhes um lugar à parte, atenta a especificidade das suas funções, relativamente à visão tripartida dos órgãos políticos, a qual remonta ao pensamento setecentista, e aceitando-as como uma forma de *fourth branch of power*.

Aquando do exercício do direito de preempção de uma competência estadual pode-se colocar o problema de saber qual o limite da preclusão das atribuições dos Estados. É o que acontece, por vezes, com as normas relativas ao regime da responsabilidade civil. A disciplina da responsabilidade civil é tida, normalmente, como uma competência dos Estados. No entanto, sucede que, em certas circunstâncias, se verificam tentativas de utilizar esta disciplina jurídica estadual com intuitos materialmente regulatórios, os quais haviam sido

anteriormente precludidos por efeito da adopção da cláusula preemptiva das disposições federais. Assim, e para evitar a obtenção de resultados que ultrapassam a natureza sancionatória das regras atinentes à responsabilidade civil, os tribunais federais podem ser levados a declarar a preempção implícita de tais normas.

Um exemplo claro desta situação é o que se passa com a questão do *airbag*<sup>223</sup>. Na sequência de um detalhado estudo dos diversos sistemas de segurança instaláveis em veículos automóveis, o qual compreendeu a realização de audiências com todos os grupos de interesse afectados pela matéria objecto de regulação federal, bem como uma análise comparada dos custos e da eficiência das diversas alternativas que se colocavam, a agência federal competente decidiu que o sistema de segurança *airbag* não seria declarado obrigatório para os veículos automóveis comercializados no interior do território dos Estados Unidos. Em face da decisão definitiva da agência federal, o lobby favorável à adopção do *airbag* como sistema obrigatório deslocou, então, a sua estratégia de actuação para os tribunais estaduais. Pretendiam que estes órgãos adoptassem uma jurisprudência constante que permitisse às vítimas de acidentes de viação, nos quais fosse possível demonstrar que se o *airbag* tivesse sido instalado na viatura sinistrada os passageiros teriam sofrido lesões de menor gravidade, a obtenção de pesadas indemnizações da parte dos construtores. Portanto, os construtores seriam confrontados com uma situação em que lhes era exigido, na prática, para escapar ao pagamento massivo das ditas indemnizações, e por intermédio das normas de responsabilidade civil estadual, algo que de que haviam sido expressamente isentos através da política regulatória federal.

---

<sup>223</sup> Wilton, T., *Federalism Issues in "No Airbag" Tort Claims: Preemption and Reciprocal Comity*, op. cit., p. 3.

Como se disse, existem situações em que o Congresso pretende ser ele próprio a definir qual o tipo de relações do acto legislativo federal com os preceitos de direito estadual que versem sobre o mesmo objecto. Tal é o caso de ERISA (*Employee Retirement Income Security Act*), o diploma legislativo adoptado pelo Congresso norte-americano, em 1974, e que estabelece a disciplina jurídica das pensões de reforma. Neste acto, o legislador adoptou uma cláusula preemptiva que afasta todo e qualquer tipo de regime jurídico estadual das pensões de reforma, mas também, uma cláusula de salvaguarda de situações várias que entendeu deverem continuar a ser reguladas pelos Estados. Porém, da análise da jurisprudência da *Supreme Court* relativa a ERISA resulta, e apesar do pragmatismo legislativo traduzido nas express *preemption* e *saving clauses*, que nem sempre é claro qual o enquadramento, a respeito de um ou noutro tipo de cláusulas do acto federal, que se deve conferir às disposições sobre as quais os órgãos judiciais se devem pronunciar num determinado caso concreto. Por outro lado, em domínios onde existem fortes interesses de natureza social, as implicações de um acórdão deste tipo são sempre susceptíveis de serem aproveitadas por aqueles que defendem uma uniformização nacional do sistema de protecção social<sup>224</sup>, por contraposição aos que têm uma concepção minimalista deste regime e que sustentam que aos Estados deve ser deixada a possibilidade de adoptarem disposições que confirmem um nível de protecção mais elevado aos seus cidadãos.

Além dos aspectos de fundo que se colocam quando se está em presença de um conflito de competências do tipo que vimos analisando, será também necessário ter em conta as questões

---

<sup>224</sup> Gregory, D., *The scope of ERISA preemption of State law: a study in effective federalism*, op. cit., p. 469.

processuais relativas à determinação da natureza do órgão jurisdicional que se deva ocupar do julgamento do processo. Na verdade, tendo em conta que a preempção implica uma decisão de preclusão de determinadas competências estaduais, não é totalmente indiferente a essa mesma decisão qual seja o tipo de órgão jurisdicional encarregue de proferir esse mesmo veredicto, se um tribunal estadual, ou, uma instância judicial federal. Ainda que ambas as jurisdições sejam competentes para a aplicação do direito federal, verifica-se uma tendencial hostilidade da parte dos tribunais estaduais nos casos em que a aplicação das normas nacionais determinam o afastamento de preceitos de direito estadual. Nas situações em que o sujeito processual com a posição de autor, pretende evitar que a acção se desenrole diante de um foro federal, manipulando para tanto os fundamentos jurídicos do seu pedido, então o demandado poderá invocar a *complete preemption doctrine* e exigir, nos termos desta, o reenvio do processo a uma jurisdição federal<sup>225</sup>.

O problema da preempção é frequentemente suscitado no âmbito dos *declaratory judgments*, os quais constituem um meio processual autónomo que permite àqueles que estejam na iminência de poderem vir a ser partes principais num determinado processo judicial, de antecipar uma decisão do tribunal sobre as questões jurídicas de fundo que se colocam no caso concreto, independentemente da sua posição processual de autores ou demandados. Este mecanismo processual permite, sobretudo, conhecer de uma decisão judicial em matéria de eventual preempção do direito estadual aplicável no caso. Porém, nestas situações é necessário assegurar que as jurisdições federais possam conhecer do pedido formulado nos *declaratory judgments*<sup>226</sup>, independentemente da invocação da

---

<sup>225</sup> Note, *The Breadth of Complete Preemption: Limiting the Doctrine to Its Roots*, Virginia Law Review, Vol. 76: 1601, 1990, p. 1602.

<sup>226</sup> Note, *Federal Jurisdiction Over Declaratory Judgments Suits - Federal Preemption of State Law*, University of Illinois Law Review, Vol. 1986, N°1, p. 175.

*well-pleaded complaint rule*, a qual limita este tipo de jurisdições aos pedidos em que a *federal question* resulte directamente da petição do autor.

## 7.2. conclusões

O sistema federal norte-americano é, no plano constitucional, um sistema de compromisso entre os dois principais protagonistas do seu processo político: os Estados e o governo nacional. Ainda que historicamente concebido na base de uma maior valorização do papel dos Estados, na linha da efémera experiência do regime dos Artigos da Confederação, o texto da Constituição de 1787 estabeleceu um sistema político que, no plano formal, se poderia considerar como favorecedor de um entendimento tendencialmente estadualista da divisão de competências entre os dois níveis maiores de actuação. A posição dos Estados, por outro lado, foi também salvaguardada pela teoria dominante do federalismo até ao início do presente século, o *dual federalism*, que assentava a sua leitura do sistema político numa divisão bem demarcada das esferas de competências dos Estados e do poder central. No fundo, o equilíbrio de poderes vigente fundava-se numa perspectiva formalista do texto constitucional, sendo que esta interpretação resultava reforçada pelo aditamento que lhe havia sido introduzido através do *Tenth Amendment*.

A alteração profunda do contexto político, económico, social e cultural em que operam as sociedades modernas, verificado desde o início deste século, gerou novas necessidades e, sobretudo, determinou a procura de novas respostas da parte dos governos. Nos Estados Unidos, diversos factores bem conhecidos como os fenómenos da industrialização e da urbanização, a participação da Nação nos dois conflitos bélicos mundiais, a grande depressão económica vivida nos anos trinta e o programa de recuperação que se lhe seguiu,

determinaram uma alteração radical da perspectiva formalista da separação de competências entre os Estados e o governo nacional. Na verdade, tais factores levaram a uma maior intervenção por parte do poder central, com a consequente invasão de áreas de actuação que até então lhe eram estranhas e a erosão do princípio das competências de atribuição constitucionalmente definido, que o *dual federalism* pressupunha, e expressão maior da soberania estadual<sup>227</sup>. Por seu turno, a visão estratificada das competências dos poderes públicos no sistema federal é abandonada em favor de um entendimento, que se pode considerar como mesclado, das atribuições dos dois níveis de poder, inaugurando uma nova prática política que privilegiou uma cooperação dos Estados com o poder federal no prosseguimento dos grandes objectivos que este último determina para o globalidade do espaço nacional. Surgiu, então, o conceito de *cooperative federalism* para descrever a nova realidade política norte-americana, baseada numa visão funcional do problema da divisão de competências.

Evidentemente que a alteração qualitativa e quantitativa da posição do governo nacional determinou mudanças profundas nos equilíbrios de poderes existentes no interior do sistema federal, ainda que os defensores da teoria do *cooperative federalism* tendam a realçar, como se viu, que tais alterações não foram realizadas a expensas de uma correspondente diminuição das atribuições estaduais. Para além deste debate, o qual ultrapassa o nosso objectivo de análise, verificou-se o aparecimento de situações de sobreposição legislativa entre os ordenamentos jurídicos dos dois níveis de poder, os quais foram determinados, em grande parte, pelo referido alargamento das competências do governo federal. Nestes casos de sobreposição normativa, e em virtude da aplicação de princípios fundamentais do sistema jurídico federal, como a

---

<sup>227</sup> Tribe, L.H., *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Massachusetts, 1985, p. 131.

supremacy clause, constitucionalmente consagrada, discute-se o afastamento, ou a manutenção, das competências dos Estados naquelas matérias entretanto objecto de regulação federal. Se a decisão fôr no sentido da exclusão das competências dos Estados, verifica-se, assim, a preempção do direito destas entidades sobre aquele domínio de aplicação.

Donde decorre que a preempção é um instrumento fundamental não apenas da compreensão do sistema de divisão vertical de competências entre o governo nacional e os Estados, mas sobretudo da sua evolução. O aumento das atribuições do poder federal, e o consequente nível de exaustividade verificado na regulação jurídica de determinadas áreas de intervenção deste, podem ter como consequência uma ocupação desse mesmo terreno normativo por parte do governo nacional e, nessa medida, uma preclusão das prerrogativas legislativas dos Estados. Este fenómeno de preempção das atribuições estaduais, se e quando legitimamente declarado, é susceptível de se produzir independentemente de qualquer presunção de reserva de competência dos Estados, nos termos em que esta poderia resultar do disposto no *Tenth Amendment*. Na verdade, a *Supreme Court* já considerou que aquela disposição constitucional não impedia que o Congresso afastasse as disposições estaduais que colidissem com o conteúdo dos actos normativos nacionais<sup>228</sup>.

Sendo a preempção um importante instrumento de análise da evolução do sistema federal de divisão de competências, natural será que através dela se possam também observar as tensões emanantes no interior do próprio sistema. Tensões que têm que ver, desde logo, com o princípio da separação de poderes e com o problema do alcance do poder judicial no confronto do poder legislativo e do limite do activismo judicial na construção do efeito preemptivo das normas

---

<sup>228</sup> *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Assn.*, 452 U.S. 264 (1981), p. 289-90.

federais. Tensões que se reflectem na aplicação do efeito preemptivo por parte das agências regulatórias e que vêm suscitar, de forma acrescida, problemas profundos relativos à natureza destas entidades e à legitimidade da sua intervenção preemptiva em face do ordenamento de entidades formalmente soberanas como os Estados. Tensões relativas à perspectiva que se tenha do modelo de divisão de competências entre os Estados e o poder central, ou seja, a perspectiva do sistema federal, e que se reflecte de modo concreto na forma como é administrado o grau de permissividade do direito federal para com as normas provenientes das ordens jurídicas estaduais. Tensões, por fim, que decorrem das próprias variantes inerentes ao sistema político e que introduzem alterações no equilíbrio de competências estabelecido consoante as épocas, as ideologias dominantes, as forças políticas vencedoras, as mutações na composição dos membros da Supreme Court ou as teorias económicas vigentes relativas à política de despesa pública do Governo central e os consequentes reflexos desta no alcance dos programas de welfare por aquele suportados.

De um ponto de vista estritamente jurídico, o debate sobre a preempção é, quanto a certos aspectos, uma questão encerrada na medida em que constitui entendimento pacífico o facto de o poder federal, e especialmente o Congresso, terem capacidade para poderem afastar a aplicação do direito estadual em virtude de uma opção de política legislativa<sup>229</sup> fundada numa ocupação de uma determinada área de regulação. Com base no princípio constitucional da *supremacy clause*, uma tal decisão não sofre qualquer tipo de contestação no âmbito do direito federal norte-americano. Portanto, a preempção constitui uma categoria jurídica formal deste mesmo ordenamento.

---

<sup>229</sup> Tribe, L.H., *Constitutional Choices*, op. cit., p. 123.



O grande interesse da figura da preempção reside, assim, nas suas modalidades de aplicação. Ou seja, se não restam dúvidas quanto à sua existência e à ideia fundamental que lhe subjaz, já os seus modos de aplicação configuram uma variedade de situações e de premissas doutrinárias que podem tornar mais difícil o entendimento deste conceito. Na verdade, em redor da figura da preempção a *Supreme Court* construiu uma vasta jurisprudência que visa, sobretudo, inferir qual teria sido a vontade do Congresso nesta matéria se este órgão tivesse querido regular expressamente a questão das relações com o direito estadual. Ora, como referimos, tais construções jurisprudenciais em redor da figura da preempção não são, por seu turno, isentas de um conjunto de factores externos ao Direito os quais condicionam e determinam a imagem que se tenha do problema da repartição de competências entre os Estados e o governo nacional, ou seja, a perspectiva que se tenha do federalismo.

Assim, quando o poder judicial declara a existência de *occupation of the field* por parte de uma determinada lei federal, por esta mesma modalidade exprimir, como se viu, uma visão primordialmente centralizadora do fenómeno normativo, na medida em que exclui todo e qualquer tipo de possibilidade reguladora dos Estados nesse mesmo domínio, não pode deixar de considerar-se que expressa uma valoração não isenta da sua concepção das relações federais, a qual privilegia uma regulamentação uniformizadora<sup>230</sup> por parte do poder central em detrimento da faculdade de os Estados poderem intervir com a adopção de regras jurídicas que complementem o conteúdo do acto federal, melhorando-o, ou, adaptando-o à realização de outros objectivos por si enunciados. Portanto a *occupation of the field* determina, por natureza, a exclusão de uma competência regulatória estadual no domínio a que se refere o acto normativo nacional. E , neste sentido, contribui para a

---

<sup>230</sup> Varat, J.D., "Economic Integration and Interregional Migration in the United States", op. cit., p. 47.

erosão gradual da soberania legislativa dos Estados. Temos, então, que o recurso a esta modalidade preemptiva como sendo susceptível de gerar um conflito de competências entre ordenamentos jurídicos.

Por outro lado, nas situações em que a figura de que nos ocupamos é aplicada na base das modalidades de *conflict preemption*, especialmente de *direct conflict*, o raciocínio jurídico utilizado para decidir ou não do afastamento do direito estadual consiste numa análise da incompatibilidade, em concreto, daquelas normas com as respectivas regras federais. Quando se verificar uma situação de incompatibilidade, por não ser possível dar cumprimento simultâneo ao conteúdo dos dois comandos, então afasta-se a aplicação dos preceitos do direito estadual. Portanto, esta modalidade de preempção tem um impacto menor na soberania legislativa dos Estados, na medida em que a metodologia que emprega se limita, na prática, a uma análise de um conflito de normas provenientes dos dois ordenamentos jurídicos em confronto. Se as normas se revelarem como incompatíveis, preclui-se a aplicação daquelas disposições do direito estadual, mas não se afasta, de todo, a possibilidade do Estados poderem continuar a legislar dentro daquela área ou domínio de regulação particular<sup>231</sup>, como sucede quando se considera que o poder federal *occupied the field*. No fundo, nas situações de *direct conflict* aplica-se uma lógica jurídica fundada no primado da norma federal sobre os preceitos estaduais, reduzindo o impacto desta prevalência do direito nacional às situações que, no concreto, se revelem como incompatíveis com as disposições federais. Todavia, dessas situações não decorrem implicações reflexas, repita-se, sobre a capacidade de os Estados, em abstracto, poderem continuar a regular aquelas particulares áreas de actuação.

---

<sup>231</sup> Hay, P., Rotunda, R.D., *The United States Federal System*, op. cit., p. 124.

Donde se conclui ser a figura da preempção um importante instrumento jurídico do sistema federal norte-americano, utilizado no domínio particular da delimitação das competências entre o governo nacional e os Estados. Não será o único instrumento a que o sistema recorre para resolver os conflitos que se manifestem entre os dois níveis de ordenamentos jurídicos, mas é um conceito que permite, sem dúvida, perceber quais os valores e os interesses em causa na regulação de aspectos particulares do sistema jurídico federal. A diversidade das formulações encontradas nesta doutrina, por seu lado, não permite que se atribua à figura da preempção uma conotação unívoca no equilíbrio de forças que se jogam no interior do sistema político federal. Não sendo um conceito em si mesmo neutro, não pode porém ser classificado dentro de uma lógica simplista que pretenda reduzir tudo a um mero confronto entre centralismo/estadualismo, devendo antes ser vista com uma doutrina que por revestir grande complexidade<sup>232</sup>, apresenta a este respeito um dimensão claramente poliédrica.

---

<sup>232</sup> Engdahl, D. E., *Constitutional Federalism*, op. cit., p. 349.



## ***PARTE II***

**Repartição de competências e preempção no  
ordenamento comunitário**



## Capítulo I

### A repartição de competências entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros

#### 1. A importância do tema "competências"

Ao abordar a questão da repartição de competências entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros convirá, desde logo, esclarecer o alcance e significado do próprio conceito de competências. Na verdade, as competências constituem um aspecto de fundamental importância no âmbito das principais entidades de direito público: os Estados e as organizações internacionais. Relativamente aos Estados, as competências tendem a ser consideradas como um aspecto inerente à verificação dos elementos que suportam a sua natureza de entidade pública com carácter estadual. Assim, para além dos seus tradicionais elementos socio-políticos relativos à existência de um território, de uma população e de um poder político<sup>1</sup>, e da sua capacidade de empreender e conduzir relações com outros sujeitos de direito internacional<sup>2</sup>, o Estado, perspectivado enquanto fenómeno jurídico, diferencia-se das demais colectividades públicas de base territorial pelo facto da existência de uma

---

<sup>1</sup> Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945, p. 207 - 267; também, Bobbio, N., *Stato, governo, società - Frammenti di un dizionario politico*, seconda edizione, Einaudi, Torino, 1995, p. 84.

<sup>2</sup> Carter, B.E., Trimble, P.R., *International Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1991, p. 412; também, Marques Guedes, A., *Direito Internacional Público - Lições*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1982, p. 167.

característica de natureza metajurídica que longamente se expressou através da ideia de soberania<sup>3</sup>, e mais recentemente tende a ser afirmada pelo conceito de independência o qual, por seu turno, pressupõe e se funda num entendimento plurifacetado da ideia de competências. Competências exercidas por essa entidade política de um modo tendencialmente exclusivo, no sentido em que são as únicas competências de Estado exercidas no espaço em causa, autónomo, enquanto expressão de uma completa liberdade de decisão, e pleno, em virtude de as mesmas não deverem ser determinadas *ratione materiae*, mas configuradas na sua forma originária<sup>4</sup>. Sobre a importância desta característica de plenitude das competências estaduais voltaremos a referir adiante<sup>5</sup>.

Por seu turno, nas organizações internacionais a questão das competências coloca-se de um modo instrumental, ou seja, as competências destas entidades destinam-se a dar corpo à realização das finalidades prosseguidas por essas mesmas organizações internacionais. De um outro modo, diríamos que as competências destes sujeitos de direito internacional são como que o expediente jurídico encontrado para lhes permitir prosseguir os objectivos que lhe foram

---

<sup>3</sup> O conceito de soberania tem a sua primeira formulação com Jean Bodin na sua obra *"La Republique"*, publicada em 1576. Conceito inicialmente relacionado com a situação política que marcava a França de então, em luta pela afirmação do poder supremo do Rei contra as pretensões do Imperador e do Papado. Com o tempo, o conceito de soberania sofreu fortes desvios de entendimento, tendo sido caracterizado por Hobbes como o poder absoluto do Estado, acima de uma qualquer outra forma de emanção da lei. Na era contemporânea, as correntes de pensamento nacionalistas ensaiaram a transposição do conceito de soberania do nível interno da organização dos Estados para o plano das suas relações internacionais. Razão pela qual se afigura preferível o conceito de independência o qual equivale ao sentido interno, ou estrito, da ideia de soberania. Cfr. Jennings, R., Watts, A., (edited by) *Oppenheim's International Law*, vol. I, ninth edition, Longman, Essex, 1992, p. 119 - 126.

<sup>4</sup> Cfr. Rousseau, C., *Droit International Public - Tome II - Les sujets de droit*, Éditions Sirey, Paris, 1974, p. 68 -92; Dupuy, P.-M., *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2ème édition, 1993, p. 44 - 48.

<sup>5</sup> Para uma interessante reflexão sobre a relação existente entre soberania do Estado e a condição de membro da Comunidade Europeia ver, McCormick, N., *Beyond the Sovereign State*, *The Modern Law Review*, 1993, p. 16.



estipulados pelo seu acto constitutivo. No entanto, e apesar do seu modo de definição instrumental relativamente aos propósitos que presidem à génese de uma organização internacional, a questão das competências no seio destas mesmas entidades, acaba por assumir um aspecto marcante, na medida em que um acordo entre Estados para poder ser considerado uma organização internacional terá de dispor de competências próprias para o desenvolvimento da sua missão que sejam distintas daquelas retidas pelos seus membros<sup>6</sup>.

Assim, e diferentemente dos Estados que possuem competências originárias e plenas, as organizações internacionais detêm apenas as competências que lhes são atribuídas em vista da realização das suas finalidades<sup>7</sup>. As organizações internacionais possuem competências de atribuição. Ou seja, não estando as organizações internacionais destinadas a prosseguir uma universalidade de fins, ao contrário do que sucede com os Estados, elas veêm as suas competências de actuação normativa definidas segundo o princípio da especialidade, que se materializa através das chamadas competências de atribuição.

Refira-se, porém, que a técnica de atribuição de competências às organizações internacionais determina que nem sempre as competências destas entidades seja conferida de um modo expresse e específico. Na verdade, em virtude da propensão destas entidades para alargar as suas próprias competências, os actos constitutivos das organizações internacionais podem enunciar as suas competências de modo tendencialmente genérico e impreciso, permitindo que a maior clarificação das suas atribuições se realize no decurso da sua existência<sup>8</sup>. Por outro lado, acrescente-se ainda que se as organizações internacionais detêm apenas as competências inscritas no seu acto jurídico institutivo, e

---

<sup>6</sup> Sereni, A.P., *Diritto Internazionale - II - Organizzazione Internazionale*, (volume 2), Giuffrè Editore, Milano, 1960, p. 974.

<sup>7</sup> Carreau, D., *Droit International*, Éditions A. Pedone, Paris, 4ème édition, 1994, p. 370.

<sup>8</sup> Sereni, A.P., *Diritto Internazionale - II - Organizzazione Internazionale*, (volume 2), op. cit., p. 975-6.

se encontram limitadas à realização dos fins que lhes foram estipulados, elas possuem ainda todas as competências que se julguem necessárias para o desenvolvimento e actuação dos objectivos que lhes foram assinalados<sup>9</sup>. São as chamadas competências implícitas, as quais se justificam por motivos de ordem funcional, bem como em resultado da aplicação do princípio do efeito útil.

Estabelecido o alcance da questão competências, e enquadrada a sua importância com referência quer aos Estados quer às organizações internacionais, procuremos agora avançar uma definição do seu conteúdo. Em termos jurídicos, a questão das competências dos Estados e das organizações internacionais interessa-nos na perspectiva do ordenamento jurídico deste tipo de entidades. Assim, indagamos das competências de uma determinada organização internacional para referirmos quais as matérias de que esta se pode legitimamente ocupar em termos normativos. Do mesmo modo, quando nos referimos às competências de um Estado, pensamos nos assuntos susceptíveis de ser regulados através do seu ordenamento jurídico, e também nas garantias relativas à sua execução<sup>10</sup>, ou seja, na determinação da esfera de validade material da sua ordem jurídica interna<sup>11</sup>. Portanto, interessam-nos as competências enquanto questões que relevam da esfera normativa de cada um destes tipos de entidades jurídicas. Neste sentido as referências que faremos à repartição de competências entre a Comunidade e os Estados terão como escopo principal a delimitação material da esfera de actuação normativa de cada uma destas duas entidades partícipes do direito comunitário.

---

<sup>9</sup> Rousseau, C., *Droit International Public - Tome II - Les sujets de droit*, op. cit., p. 470.

<sup>10</sup> Cfr. Dominique Carreau, *Droit International*, op. cit., p. 313 - 317, que refere a distinção entre a competência de emanção normativa dos Estados e a sua competência de execução como dois aspectos incidíveis das ordens jurídicas estaduais.

<sup>11</sup> Cfr. Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, op. cit. p. 242.

## 2. As competências da Comunidade Europeia

As Comunidades Europeias, e em particular a Comunidade Europeia - sobre a qual, em virtude da sua importância superior no desenvolvimento do direito comunitário, concentraremos a nossa análise - têm uma génese típica do direito internacional. Na verdade, os seis Estados que assinaram o seu acto constitutivo - o Tratado de Roma de 1957 - entenderam dar corpo a uma nova organização internacional, muito embora esta fosse caracterizada por certos aspectos que a faziam divergir do funcionamento tradicional deste tipo de entidades do direito internacional.

Em razão da sua génese de organização internacional a Comunidade Europeia, em matéria de competências, comunga das características fundamentais deste tipo de sujeitos. Na verdade, por um lado, a Comunidade Europeia é uma entidade dotada de competências de atribuição<sup>12</sup> e, por outro lado, tem as suas competências determinadas em função dos objectivos que lhe foram assinalados pelo seu Tratado institutivo. Temos, assim, que a Comunidade detém necessariamente competências limitadas, na medida em que, enquanto organização internacional, está condicionada pelo princípio da especialidade<sup>13</sup> das competências, o qual se contrapõe, como vimos com referência às grandes entidades de direito público, ao princípio da plenitude de competências de que gozam os Estados. De facto, e apesar das extensa atribuição de competências de que beneficia a Comunidade, é notório que ela não usufrui de uma universalidade de fins<sup>14</sup>, única situação em que um sujeito

---

<sup>12</sup> Tizzano, A. "As competências da Comunidade" in *Trinta anos de Direito Comunitário*, Comissão das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 1981, p. 45.

<sup>13</sup> Constantinesco, V., *Compétences et Pouvoirs dans les Communautés Européennes - contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, p. 89.

<sup>14</sup> Díez-Picazo, L.-M., *Reflexiones sobre la Idea de Constitución Europea*, *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, p. 549.

de direito internacional se pode permitir a detenção de competências plenas.

De igual modo, a técnica de atribuição de competências à Comunidade Europeia molda-se por canônes também usados pelo direito internacional. A atribuição de competências não se faz seguindo o modelo da lista de competências usado para o caso dos Estados federais, ou seja, por um enunciado no seu acto jurídico constitutivo de todas as competências que os seus membros fundadores acordaram em conceder-lhe, mas recorre antes ao método funcional de atribuição, a que já aludimos. O que implica que o Tratado de Roma definiu quais as finalidades e o objecto do estabelecimento da Comunidade Europeia, sendo que as competências desta decorriam do quadro geral das próprias disposições institutivas. Com efeito, em face da amplitude e da complexidade de propósitos fixados à criação da Comunidade Europeia, os seus Estados fundadores preferiram que o sistema adoptado pudesse dispôr de uma indispensável flexibilidade, a qual melhor se alcançaria por intermédio de uma atribuição funcional das competências comunitárias, do que através de uma simples determinação rígida de competências que resultasse de uma listagem das mesmas ou operasse directamente e apenas das respectivas disposições materiais<sup>15</sup>.

Vejamos então quais são as competências que o Tratado de Roma fixava à Comunidade Europeia. Estas competências decorriam, fundamentalmente, da leitura conjugada dos artigos 2º e 3º do Tratado. No artigo 2º, estipulava-se como grande finalidade da Comunidade, o estabelecimento de um mercado comum o qual, juntamente com a aproximação

---

<sup>15</sup> Pescatore, P., *La répartition des compétences et des pouvoirs entre les États membres et les Communautés Européennes - Étude des rapports entre les Communautés et les États membres* (version française de l'article intitulé: "Distribucion de competencias y de poderes entre los Estados miembros y las Comunidades europeas. Estudio de las relaciones entre la Comunidades y los Estados miembros", dans "Derecho de la Integracion", nº1, Instituto para la Integracion de la America Latina, Argentina, 1967, p. 108 - 152), policopiado, p. 4a.

progressiva das políticas económicas dos Estados, deveria promover o desenvolvimento e a expansão económica no seio da Comunidade, bem como o aumento do nível de vida e de relações mais estreitas entre os Estados-membros<sup>16</sup>. No artigo 3º, o Tratado elencava os meios de que a Comunidade dispunha para alcançar aqueles objectivos e onde se contavam, entre outros, a criação de uma união aduaneira; a realização das liberdades de circulação de pessoas, de serviços e de capitais entre os Estados-membros; a adopção de políticas comuns nos sectores da agricultura e dos transportes; o respeito de um regime de concorrência entre os diferentes operadores económicos; a coordenação de políticas económicas; a aproximação de legislações; a instituição de um Fundo Social Europeu e de um Banco Europeu de Investimentos; e a adopção de um regime de trocas comerciais com os territórios ultramarinos.

Da leitura conjugada destas duas disposições decorrem as competências que os Estados decidiram atribuir à Comunidade Europeia. Desta mesma conjugação resultava ainda o alcance do princípio das competências de atribuição da Comunidade, o qual ainda que implícito no espírito dos autores do Tratado - por ser o pressuposto natural do quadro de competências de qualquer organização internacional - não estava explicitamente referido no texto do acto constitutivo<sup>17</sup>. Nem sequer se poderia considerar como tal a disposição do seu artigo 4º, a qual após enumerar o quadro

---

<sup>16</sup> Quer o artigo 2º como o artigo 3º do Tratado de Roma viram a sua redacção alterada em virtude do Tratado que instituiu a União Europeia, tendo o enunciado das finalidades, e dos respectivos meios de actuação, da Comunidade sido objecto de uma actualização que teve em conta não apenas as realizações entretanto conseguidas pelo processo comunitário, como ainda dos novos objectivos resultantes deste processo de revisão. Além disso, foram acrescentados os artigos 3º-A, relativo à adopção da União Económica e Monetária, e o artigo 3º-B onde se pretende traçar o quadro geral dos princípios fundamentais que regem a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados. Mais adiante voltaremos a ocupar-nos destas alterações.

<sup>17</sup> Com efeito, o princípio das competências de atribuição apenas foi consagrado, explicitamente, no texto do Tratado aquando do processo de revisão a que este foi submetido por ocasião da adopção do Tratado da União Europeia, constando do primeiro parágrafo do novo artigo 3º-B.

institucional da Comunidade referia que "cada instituição actuará dentro dos limites das atribuições que lhe foram conferidas pelo presente Tratado". Com efeito, esta disposição visava a salvaguarda dos limites de intervenção nas relações inter-institucionais<sup>18</sup> e, portanto, a consagração do princípio da separação de poderes no funcionamento da Comunidade. A atribuição de competências à Comunidade completava-se pelas diferentes disposições materiais do Tratado, que não só especificavam o alcance de tais atribuições, mas, também, as condições e o modo de exercício dos respectivos poderes. E, ainda, pela cláusula constante do seu artigo 235°.

## *2.1. terminologia utilizada*

Antes de prosseguir na análise da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros será interessante proceder a dois tipos de esclarecimentos de natureza terminológica que permitam a maior clarificação dos conceitos a que nos referimos. Em primeiro lugar, a perspectiva por que abordamos este tema é a da repartição material de competências e não a da divisão de funções. Ou seja, o nosso interesse concentra-se no eixo vertical da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados que a compõem e não na dimensão horizontal da repartição de competências de actuação, que antes respeita à separação de poderes entre as várias instituições da Comunidade com vista à realização dos propósitos que lhes foram cometidos pelo Tratado. Neste sentido, usaremos as expressões *competências* ou *atribuições* para referir a questão da repartição material de competências entre a Comunidade e os Estados. E deixaremos as expressões *funções* ou *poderes* para quando nos referirmos à separação de poderes entre as instituições previstas pelo Tratado, no desenvolvimento das competências que este reservou à Comunidade Europeia<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Tizzano, A. "As competências da Comunidade", *op.cit.*, p. 46.

<sup>19</sup> Na verdade, esta distinção corresponde à tendência dominante que se utiliza na literatura da especialidade. Neste sentido, ver

Um outro esclarecimento tem a ver com o problema linguístico existente na Comunidade, e designadamente, com o facto de a Comunidade ser uma entidade com um regime multilinguístico, que compreende mais de uma dezena de idiomas oficiais<sup>20</sup>. Não obstante esta diversidade linguística, que constitui sem dúvida um património de incomensurável valor da construção europeia, existem línguas que tendem a beneficiar de utilização mais frequente do que outras, principalmente por motivos de ordem histórica e cultural. Considerações de ordem prática terão levado a que tais línguas, em especial a francesa e a inglesa, tenham assumido preponderância não apenas no processo comunicativo no interior Comunidade, mas também no desenvolvimento do seu acervo jurídico e, particularmente, da literartura que lhe anda associada. Este domínio tendencial das línguas francesas e inglesa não poderá passar inobservado sem referirmos que, no âmbito do tema de que nos ocupamos, a expressão francesa '*compétence*', a qual corresponde, grosso modo, ao sentido de '*kompetenz*' em alemão, ou de '*competência* em português', conhece o seu alcance técnico mais próximo na língua inglesa<sup>21</sup> através das expressões '*power*' ou '*jurisdiction*'. Ora, a expressão portuguesa '*poder*', que seria a tradução literal de '*power*', preferimos reservá-la para uma outra realidade, qual seja, a da separação de poderes entre as instituições no funcionamento da Comunidade.

---

Pescatore, P., *La répartition des compétences et des pouvoirs entre les États membres et les Communautés Européennes - Étude des rapports entre les Communautés et les États membres* op. cit., p. 1 a 3.

<sup>20</sup> Sobre os problemas derivados do regime multilinguístico das organizações internacionais. ver Tabor, M., *Multilingualism in International Law and Institutions*, Sijthoff & Noordhoff, The Netherlands, 1980.

<sup>21</sup> Cfr. Temple Lang, J.; *European Community Constitutional Law: The Division of Powers Between the Community and the Member States*, Northern Ireland Legal Quarterly, 1988, p. 209, nota n.º 3; também Pescatore, "Contribution to the Discussion", in Timmermans, Völker, (eds.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Kluwer - The Netherlands, 1981, p. 72. Refira-se que, muito embora a palavra inglesa '*competence*' seja inexistente na perspectiva em que dela temos feito uso, tal não obsta a que na literatura jurídica e política seja frequente o seu emprego na acepção que a mesma teria em língua francesa.

## 2.2. repartição vertical de competências

Diga-se ainda que, como refere Lenaerts, o sistema comunitário de repartição de competências é caracterizado - à semelhança do que se verifica no ordenamento federal dos Estados Unidos - pela existência de uma repartição vertical de competências entre a Comunidade e os Estados que a integram<sup>22</sup>. Na verdade, e apesar de a Comunidade ser na sua origem uma entidade de direito internacional, a quem os Estados fundadores atribuíram um certo tipo de competências determinadas em função dos objectivos que esta visava alcançar, e abrangendo as matérias que se enquadrassem no enunciado de meios de que a Comunidade dispunha para realizar os seus propósitos, o facto é que desde cedo, a questão da repartição de competências entre os dois polos principais de poder - a Comunidade e os Estados - assumiu contornos de uma delimitação vertical. Assim, a ideia de uma simples repartição *ratione materiae* de competências entre duas entidades de direito público que se encontravam no mesmo plano - o que implicava uma situação de princípio paritária ao nível da produção de efeitos jurídicos das normas emanadas por cada um dos respectivos ordenamentos - foi alterada por via da declaração judicial do princípio do primado do direito comunitário.

Com efeito, o reconhecimento do primado do direito comunitário sobre o direito nacional implicou, como consequência directa, o estabelecimento de uma hierarquia específica no relacionamento entre as ordens jurídicas comunitária e nacionais. Em resultado desta hierarquia, a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados deixa de poder ser considerada, na perspectiva da produção dos efeitos jurídicos, como uma questão de divisão material de competências entre entidades que se encontravam num

---

<sup>22</sup> Lenaerts, K., *Le Juge et la Constitution aux États-Unis D'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988, p. 460  
- 65



plano idêntico, mas sim e diversamente, deve ser entendida como a de ordens jurídicas que se encontram sobrepostas em virtude da declarada supremacia do direito comunitário. Da repartição vertical de competências decorre que as decisões judiciais relativas à solução de eventuais conflitos de competências entre a Comunidade e os Estados se devam fundar unicamente nas disposições do direito primário da Comunidade<sup>23</sup> o que imprimirá, por certo, uma perspectiva tendencialmente unilateral na resolução de tais conflitos. Revestindo a divisão de competências uma dimensão de elasticidade, no sentido em que o aumento de competências de uma entidade se faz normalmente em detrimento de uma correspondente diminuição de prerrogativas por parte da outra entidade com quem se dividem essas competências<sup>24</sup>, a primazia do direito comunitário veio não só criar os fundamentos de uma resolução dos diferendos de competências que atende fundamentalmente aos interesses da Comunidade, como ainda, acentuar a propensão para que tais conflitos se resolvessem à custa das competências estaduais.

O facto de na Comunidade Europeia a repartição de competências com os Estados se encontrar estruturada de um modo vertical, como verificámos, constitui um interessante ponto de contacto com o sistema constitucional de divisão de competências dos Estados Unidos onde, como já tivémos oportunidade de referir, a Constituição federal de 1787 estabelece no seu artigo VIº o princípio de supremacia do direito nacional sobre o direito emanado dos Estados. Esta característica comum dos sistemas de divisão de competências - dos Estados Unidos e da Comunidade - é reforçada pelo facto de em ambos os ordenamentos jurídicos existir um controlo judicial centralizado das questões relativas à alocação de competências, que é protagonizado no sistema federal norte-americano pela *Supreme Court* e, no

---

<sup>23</sup> Lenaerts, K., *Le Juge et la Constitution aux États-Unis D'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, op. cit., p. 461.

<sup>24</sup> Tizzano, A. "As competências da Comunidade", op.cit., p. 67.

direito comunitário, pelo Tribunal de Justiça<sup>25</sup>. Donde, o grande interesse que a experiência constitucional dos Estados Unidos de controlo judicial dos limites da competência federal possa revestir para o estudo da mesma problemática na Comunidade Europeia.

Porém, recorde-se, que muito embora a Constituição norte-americana também funde as competências do poder federal no princípio das competências de atribuição, à semelhança do que se verifica na Comunidade, o artigo I, secção 8ª da Constituição de Philadelfia enuncia a lista de competências que os Estados entenderam atribuir ao legislador nacional. A Comunidade Europeia ainda que fundada no princípio das competências de atribuição, não possui no seu acto constitutivo uma lista de competências semelhante àquela adoptada na Constituição norte-americana, pelo facto deste modelo - da lista de competências - ser uma técnica mais comum nos actos constitutivos das entidades públicas de natureza federal<sup>26</sup> - que ao nível da repartição de competências apresentam também um sistema verticalmente estruturado - do que das entidades cuja génese é tributária do direito internacional, as quais, por razões de ordem prática, preferem uma determinação das competências de tipo funcional, evitando assim os inconvenientes derivados de uma eventual declaração judicial do carácter taxativo da referida lista, em virtude da sua subordinação ao princípio da especialidade.

---

<sup>25</sup> Stein, E., *On Divided-Power Systems: Adventures in Comparative Law*, Legal Issues of European Integration, 1983, p. 28.

<sup>26</sup> Temple Lang, J., *What Powers Should the European Community Have?*, European Public Law, 1995, p. 98; também, Lopez Escudero, M., *Los Obstaculos Tecnicos al Comercio en la Comunidad Economica Europea*, Universidad de Granada, 1991, p. 209.

### **3. Natureza jurídica das competências da Comunidade Europeia**

Referimos anteriormente os objectivos que o Tratado de Roma assinalou à Comunidade e como tais objectivos haviam determinado a atribuição de vastas áreas de competência, na medida em que o estabelecimento de um mercado comum, que compreendesse a realização da liberdade de circulação dos factores de produção e a adopção de um certo número de políticas comuns, implicava que a Comunidade tivesse sido dotada de um amplo leque de competências para o cumprimento das finalidades que presidiram à sua criação. Com efeito, a criação de um mercado comum e a aproximação progressiva das políticas económicas dos Estados-membros pressupunham que a Comunidade Europeia detivesse competências normativas na quase globalidade dos assuntos de carácter económico, dada a sua ligação estreita ou pelo menos mediata, com o desenvolvimento harmonioso das actividades económicas, finalidade última da realização do grande mercado comunitário. Visto o alcance das competências atribuídas à Comunidade, importará saber quais as consequências que uma tão larga atribuição comporta para os Estados-membros, ou seja, indagar em que medida é que os Estados poderiam continuar a ocupar-se das matérias abrangidas pelo vasto âmbito de competências comunitárias. Saber, portanto, qual a natureza jurídica das competências da Comunidade Europeia.

Antes, porém, de nos pronunciarmos sobre a natureza jurídica das competências da Comunidade devemos referir duas questões prévias a este propósito. Em primeiro lugar, se tivermos em conta a extraordinária amplitude das competências atribuídas à Comunidade facilmente se reconhecerá que - com respeito à sua natureza jurídica - tais competências não poderão ser subsumíveis numa única categoria. Na verdade, a natureza jurídica das competências da Comunidade depende sobretudo do conteúdo concreto das disposições materiais do Tratado em que se prescreve o

alcance e os modos de exercício dessas mesmas atribuições<sup>27</sup>. Pelo que se afigura natural que, em certos aspectos, a actuação da Comunidade se apresente de forma mais intensa face a uma possível intervenção paralela dos Estados e, noutros casos, incumba aos Estados uma função de maior protagonismo relativamente à intervenção da Comunidade. O segundo aspecto que queríamos referir tem a ver com o facto de apesar de o Tratado ter especificado ao longo das suas regras materiais o alcance e o modo de exercício das referidas competências, ele não contém qualquer alusão, quer a nível geral, quer nas diferentes regras particulares, sobre a natureza jurídica dessas mesmas competências. Temos, por isso, que o Tratado não contém qualquer indicação explícita quanto à natureza das competências da Comunidade<sup>28</sup>. Assim sendo - e em face do silêncio do Tratado sobre esta questão - competirá ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre semelhante problema, na sua qualidade de instituição encarregue de garantir o respeito do direito na interpretação do mesmo Tratado, nos termos do seu artigo 164º.

### *3.1. competências exclusivas e competências concorrentes*

Em sede de natureza jurídica de competências a classificação mais corrente que encontramos formulada na literatura é a que distingue entre competências exclusivas e competências concorrentes<sup>29</sup>. Ressalve-se porém que quando se fala de competências exclusivas, estas podem-se referir tanto às competências exclusivas da Comunidade, como àquelas exclusivas dos Estados. No âmbito do direito comunitário interessam-nos, obviamente, apenas as primeiras e só terá interesse referir as competências exclusivas dos

---

<sup>27</sup> Tizzano, A., *Lo Sviluppo delle Competenze Materiali delle Comunità Europee*, Rivista di Diritto Europeo, 1981, p. 146 .

<sup>28</sup> Lopez Escudero, M., *Los Obstáculos Técnicos al Comercio en la Comunidad Economica Europea*, op. cit., p. 221.

<sup>29</sup> Por todos, ver Lenaerts, K., *Le Juge et la Constitution aux États-Unis D'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, op. cit., p. 502 e segs.

Estados para poder perceber os limites de actuação normativa da Comunidade. Assim, por competências exclusivas entendem-se aquelas matérias que apenas podem ser objecto de intervenção normativa por parte da Comunidade, escapando por completo à esfera de actuação dos Estados-membros. O que não impede, em princípio, que os Estados não venham a ter qualquer tipo de produção jurídica nessas áreas. Mas, se o fizerem, tal corresponderá a uma situação de autorização prévia da actuação dos Estados ou de uma delegação de poderes por parte da instituição comunitária competente.

Por seu turno, as competências concorrentes da Comunidade são aquelas em que não se verifica uma exclusão de princípio de nenhum dos dois centros principais de poder do processo comunitário, ficando as matérias que sejam consideradas como de competência concorrente submetidas à regulação conjunta da Comunidade e dos Estados-membros. Todavia, o alcance dessa regulação conjunta dependerá fortemente do modo como tendem a ser resolvidos os conflitos de competência no interior da Comunidade. Note-se, também, que quando se refere a expressão competências concorrentes tal não significa que se trate de matérias sujeitas a uma concorrência pura e simples de intervenção normativa por parte de ambos os centros de poder, mas apenas de áreas cuja competência permanece dividida entre a Comunidade e os Estados. Pelo que mais correcto se afigura a designação de competências partilhadas<sup>30</sup>, expressão esta que o Tribunal de Justiça tem empregue em alguns acórdãos recentes em que foi chamado a pronunciar-se sobre problemas que relevam da repartição vertical de competências<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Pescatore, P., *La répartition des compétences et des pouvoirs entre les États membres et les Communautés Européennes - Étude des rapports entre les Communautés et les États membres*, op. cit., p. 7.

<sup>31</sup> TJCE, 19 de Março de 1993, *Parecer 2/91*, Recueil 1993, p. I-1077, ponto n° 12; também, o *Parecer 1/94*, de 15 de Novembro de 1994, Recueil 1994, p. I-5422, n° 2 e 3 do dispositivo (pontos n° 98 e 105 do Parecer).

Atentas as considerações que fizémos sobre as características das competências das organizações internacionais, a génese da Comunidade Europeia e o largo alcance das competências desta, será forçoso afirmar que a exclusividade de competências comunitárias não se presume, ou seja, que a ideia de exclusividade não deverá ser entendida como o princípio geral em matéria de natureza jurídica das suas competências. Com efeito, não faria sentido que uma organização internacional, muito embora revestindo características bastante particulares relativamente ao tipo comum destas entidades, fosse dotada de atribuições tão vastas, as quais, por princípio, se deveriam considerar como sendo exclusivas e, portanto, vedando aos Estados qualquer intervenção normativa autónoma em tão amplas matérias. Donde, o princípio geral aplicável em matéria de natureza jurídica das competências comunitárias dever ser o do seu carácter concorrencial, ou partilhado, com os Estados-membros<sup>32</sup>. Desta ideia nos dava conta Pierre Pescatore no final da década de sessenta, ao afirmar a raridade das competências exclusivas, no âmbito das quais apenas incluía a união aduaneira e a adopção de uma pauta aduaneira comum<sup>33</sup>. Recorde-se que ao tempo a realização de uma união aduaneira era tida como um dos grandes objectivos iniciais da Comunidade e considerada como o seu verdadeiro núcleo duro - tendo sido porventura o seu primeiro grande sucesso - e era perspectivada como o ponto de partida para o estabelecimento de um mercado comum. Este alcance das competências exclusivas da Comunidade limitadas à união aduaneira parece também aflorar na posição de Vlad Constantinesco, expressa na primeira metade da década de setenta, que refere que em matéria aduaneira teria havido uma destruição das competências estaduais antevendo, no entanto, que a

---

<sup>32</sup> Cfr. Schwarze, J., *The Distribution of Legislative Powers and the Principle of Subsidiarity: The Case of Federal States*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1995, p. 719.

<sup>33</sup> Pescatore, P., *La répartition des compétences et des pouvoirs entre les États membres et les Communautés Européennes - Étude des rapports entre les Communautés et les États membres*, op. cit., p. 6 - 7. Registe-se, todavia, que à época decorria ainda o período transitório previsto pelo Tratado de Roma.

realização das políticas comuns previstas pelo Tratado poderia conduzir a um desaparecimento gradual das respectivas competências nacionais<sup>34</sup>.

A primeira vez que o Tribunal de Justiça declarou uma matéria como sendo da competência exclusiva da Comunidade foi no Parecer 1/75<sup>35</sup>, a propósito da política comercial comum<sup>36</sup>. Nesta decisão, o Tribunal afirmou que no domínio da política de exportação, e em geral de toda a política comercial comum, não seria de admitir que os Estados mantivessem uma competência paralela àquela detida pela Comunidade, tanto nos aspectos desta política que relevassem da ordem jurídica comunitária, como naqueles respeitantes à relações internacionais. A justificação que o Tribunal apresentou para retirar do texto do artigo 113º do Tratado a exclusividade de competências da Comunidade fundava-se no facto de, se se admitisse a manutenção de uma competência paralela dos Estados, tal permitiria que estes prosseguissem nas relações externas os seus próprios interesses, o que falsearia o sistema institucional da Comunidade, afectando as relações de confiança existentes no seu seio e impedindo a defesa do interesse comunitário comum. Uma interpretação que atende apenas às finalidades que presidiram à atribuição desta política à Comunidade. Temos, pois, a política comercial comum como uma área de competência exclusiva da Comunidade. Todavia, o Tribunal considerou que os Estados poderiam adoptar medidas

---

<sup>34</sup> Constantinesco, V., *Compétences et Pouvoirs dans les Communautés Européennes - contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, p. 282 - 292.

<sup>35</sup> TJCE, 11 de Novembro de 1975, Parecer 1/75, Recueil 1975, p. 1355. As competências da Comunidade em matéria de política comercial comum são amplamente referidas no capítulo relativo à análise da jurisprudência comunitária em matéria de relações externas, para onde naturalmente remetemos.

<sup>36</sup> Cfr. Tizzano, A., *Lo Sviluppo delle Competenze Materiali delle Comunità Europee*, op. cit., p. 204. Como curiosidade, registre-se que nos anos sessenta Pescatore se referia à política comercial comum como uma área que havia sido objecto "d'un transfert très considérable d'attributions à la Communauté", não mencionando porém o seu carácter exclusivo, Cfr. *La répartition des compétences et des pouvoirs entre les États membres et les Communautés Européennes*, op. cit., p. 50.

unilaterais nesta matéria desde que para tal estivessem habilitados de uma autorização específica da Comissão, a qual encontraria o fundamento no artigo 115º do próprio Tratado de Roma<sup>37</sup>.

Para além da política comercial, a única outra matéria em que o Tribunal reconheceu que o direito primário havia instituído uma competência exclusiva da Comunidade diz respeito à política de conservação dos recursos marítimos a qual, como veremos, lhe foi atribuída pelo Acto de Adesão de 1972 e visava o objectivo mais amplo da realização de uma política de pesca comum. No âmbito da conservação dos recursos biológicos marítimos o Tribunal considerou, no acórdão que proferiu no caso *Comissão/Reino Unido*<sup>38</sup>, que esta competência pertencia - após o decurso do período transitório de seis anos previsto pelo seu acto institutivo - plena e definitivamente à Comunidade, afirmando que os Estados haviam empreendido uma transferência total da sua competência em benefício desta entidade. Em resultado de haver declarado tal competência como sendo exclusiva da Comunidade, o Tribunal considerava que os Estados-membros, na falta de medidas comunitárias, apenas poderiam adoptar medidas unilaterais na sua qualidade de "gestores do interesse comum" da Comunidade, o que os obrigava a submeter as disposições que pretendiam adoptar à aprovação prévia da Comissão. A justificação da exclusividade de competências parece resultar de uma decisão precedente, no caso *Kramer*<sup>39</sup>, onde o Tribunal considerava que o Acto de Adesão de 1972 havia pretendido resolver o problema dos recursos marítimos na perspectiva de uma solução global,

---

<sup>37</sup> TJCE, 15 de Dezembro de 1976, *Suzanne Donckerwolcke contre Procureur de la République*, processo 41/76, Recueil 1976, p. 1921, ponto nº 32.

<sup>38</sup> TJCE, 5 de Maio de 1981, *Commission contre Royaume-Uni*, processo 804/79, Recueil 1981, p. 1045, pontos nº 17 a 31.

<sup>39</sup> TJCE, 14 de Julho de 1976, *Cornelis Kramer et autres*, processos apensos 3,4 e 6/76, Recueil, 1976, p. 1279, ponto nº 38. A análise destes acórdãos será retomada no capítulo dedicado à jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de política de pesca, para onde remetemos.



que se afigurava incompatível com intervenções parcelares dos Estados. Uma motivação de ordem claramente finalística.

### *3.2. a metamorfose das competências concorrentes*

Temos, então, que o Tribunal de Justiça apenas retirou do quadro geral de competências inicialmente definido pelo direito primário da Comunidade dois tipos de matérias que são de considerar como exclusivas da Comunidade, reportando esta declaração ao próprio conteúdo dos seus actos institutivos. São elas as competências que a Comunidade possui no âmbito da política comercial comum e no domínio da conservação dos recursos biológicos dos mares. Muito embora os actos institutivos da Comunidade não referissem explicitamente a natureza exclusiva destas competências, o Tribunal assim o entendeu através de uma interpretação teleológica das referidas disposições<sup>40</sup>. Todas as demais competências atribuídas à Comunidade seriam de considerar como sendo atribuições que esta partilha com os Estados-membros, porque abrangidas pela regra geral em matéria de natureza jurídica das competências comunitárias: o princípio das competências concorrentes.

Porém, esta situação reveste aspectos de grande mutabilidade. Na verdade, a ideia de fundo que subjaz ao princípio das competências concorrentes - que se traduz na possibilidade de as ordens jurídicas comunitária e nacional continuarem a ocupar-se de tais matérias - como que tende a ceder perante uma outra ideia que se apresenta de sentido oposto. Nos termos desta segunda ideia, os Estados-membros conservavam as suas prerrogativas normativas nas áreas consideradas como de competência concorrente da Comunidade, na medida em que esta não tivesse ainda adoptado actos jurídicos nesses seus domínios de intervenção. Pelo contrário, desde que a Comunidade emanasse tais disposições

---

<sup>40</sup> Lenaerts, K., *Le Juge et la Constitution aux États-Unis D'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, op. cit., p. 506.

normativas, e que estas fossem consideradas como revestindo um carácter completo, os Estados deveriam abster-se de regular no âmbito dessas matérias. Em tais situações, verificava-se que o exercício das competências por parte da Comunidade, inicialmente entendidas como concorrentes, teria como efeito imediato o de afastar a concomitância normativa que até então assistia aos Estados-membros. Tratavam-se, assim, de competências normativas comunitárias que, por via do seu exercício, se transformavam em competências exclusivas da Comunidade<sup>41</sup>. Como refere Lenaerts a propósito desta mutação, não se tratavam de competências exclusivas por natureza, as quais englobavam apenas as atribuições que a Comunidade detinha em matéria de política comercial e de conservação dos recursos marítimos, e em que o carácter exclusivo era reportado directamente às disposições do Tratado, mas sim de competências exclusivas por exercício<sup>42</sup>. Ou seja, competências que embora tivessem sido inicialmente entendidas como concorrentes, o seu exercício por parte da Comunidade teria provocado uma metamorfose da sua natureza jurídica em termos de permitir que nessas matérias apenas a Comunidade pudesse continuar a legislar.

A justificação para esta metamorfose da natureza jurídica das competências concorrentes dependeria do facto das normas comunitárias possuírem um carácter exaustivo. Quando se considerasse que as disposições de um determinado acto jurídico comunitário fossem completas, no sentido em que se ocupavam de todas as questões susceptíveis de regulação

---

<sup>41</sup> Bieber, R., *On the Mutual Completion of Overlapping Legal Systems: The Case of the European Communities and the National Legal Orders*, *European Law Review*, 1988, p. 148; também Kapteyn P.J.G., *Verloren Van Themaat, Introduction to the Law of the European Communities*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1989, p. 193; Mengozzi, P., *Il Diritto della Comunità Europea*, CEDAM, Padova, 1990, p.77. Refira-se que a aceitação desta mudança de natureza das competências concorrentes em competências exclusivas é um assunto que se pode considerar como pacífico na literatura jurídico-comunitária, tanto em artigos sobre a problemática das competências, como nas monografias de carácter geral as quais lhe consagram normalmente uma mera referência.

<sup>42</sup> Lenaerts, K., *Le Juge et la Constitution aux États-Unis D'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, op. cit., p. 504 e segs.

jurídica, aos Estados deixaria de ser permitido qualquer tipo de intervenção normativa nessas matérias. Na prática, os Estados estariam diante de uma situação em tudo idêntica àquela que se verificava nos domínio de competência exclusiva por natureza. Na verdade, nas áreas de competência concorrente onde se tivesse verificado um exercício das atribuições por parte da Comunidade, e desde que este revestisse carácter exaustivo, os Estados estariam igualmente desprovidos das suas competências regulatórias nessas matérias<sup>43</sup>. Teremos oportunidade de verificar que em certos domínios de intervenção comunitária como a livre circulação de mercadorias ou a política agrícola comum, a jurisprudência do Tribunal de Justiça favoreceu uma interpretação dos actos comunitários, a partir de meados da década de setenta, onde o exercício das competências da Comunidade nestas áreas tendia a colocar os Estados na impossibilidade de sobre elas continuarem a legislar.

Sem querer antecipar as considerações que faremos no capítulo seguinte, diríamos que em matéria de competências a ordem jurídica comunitária se caracteriza por um entendimento mutável, ou dinâmico, destas mesmas competências no sentido em que o exercício das atribuições conferidas à Comunidade tende a desencadear um mecanismo de ocupação desse terreno normativo por parte do ordenamento comunitário<sup>44</sup>. Esta ocupação do terreno normativo faz-se à custa de uma correspondente diminuição das prerrogativas regulatórias dos Estados os quais, por via do aludido princípio da elasticidade das competências, veêm a sua margem de manobra normativa reduzida, muito embora tal se verifique num domínio em que a Comunidade fosse suposta beneficiar apenas de atribuições partilhadas. Este fenómeno de metamorfose de competências configura, tecnicamente, uma ideia ampla do conceito de preempção das competências

---

<sup>43</sup> Temple Lang, J., *The ERTA judgement and the Court's case-law on competence and conflict*, Yearbook of European Law, 1986, p. 193.

<sup>44</sup> Lasok, D., Bridge, J.W., *Law and Institutions of the European Communities*, 5th Edition, Butterworths, London, 1991, p. 37.

nacionais, sobre o qual voltaremos a concentrar a nossa  
atenção.

#### 4. A constitucionalização do Tratado de Roma

A metamorfose das competências concorrentes, operada por via da jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça, é um aspecto que se insere num fenómeno mais amplo de transformações ocorridas no sistema comunitário. Ela é parte integrante daquilo que Joseph Weiler considera como a constitucionalização dos Tratados<sup>45</sup> institutivos das Comunidades. Para uma plena compreensão do impacto produzido pela transformação da natureza jurídica das competências comunitárias, necessário se afigura contextualizar esta mesma questão no âmbito do referido fenómeno da constitucionalização do Tratado de Roma<sup>46</sup>. Com este intuito, passaremos em revista os aspectos que revestiram importância maior no dito processo de constitucionalização: num primeiro momento, a jurisprudência do Tribunal relacionada com a dimensão estrutural do ordenamento comunitário - efeito directo e primado - bem como o sistema de controlo judicial da legalidade dos actos jurídicos; numa fase sucessiva, a vertente material das transformações verificadas no direito comunitário, a qual interessa primordialmente ao tema da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados.

##### 4.1. os alicerces da constitucionalização

Na verdade, no chamado período fundacional da Comunidade, o qual corresponde, grosso modo, à década de sessenta e aos

---

<sup>45</sup> Weiler, J.H.H., *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, Yearbook of European Law, 1981, p. 267; e também do mesmo autor, *Il sistema comunitario europeo*, il Mulino, Bologna, 1985; e, *The Transformation of Europe*, The Yale Law Journal, 1991, p. 2403.

<sup>46</sup> Cfr. também Díez-Picazo, L.-M., *Reflexiones sobre la Idea de Constitución Europea*, Revista de Instituciones Europeas, 1993, p. 534; Cassese, S., *La Costituzione Europea*, Quaderni Costituzionali, 1991, p. 487; Lenaerts, K., *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, The American Journal of Comparative Law, 1990, p. 208; Cruz Vilaça, J.L., Piçarra, N., *Y a-t-il des limites matérielles à la révision des Traités instituant les Communautés Européennes?*, Cahiers de Droit Européen, 1993, p. 10.

primeiros anos da década seguinte, o Tribunal de Justiça operou como que uma espécie de constitucionalização do ordenamento jurídico comunitário. Os alicerces de base da obra de constitucionalização foram esses dois princípios fundamentais, de carácter estrutural, que ainda hoje afirmam a singularidade deste ordenamento: o efeito directo e o primado do direito comunitário<sup>47</sup>.

Através do chamado princípio do efeito directo, afirmado em 1963 no acórdão *Van Gend en Loos*<sup>48</sup> e objecto de sucessivos desenvolvimentos, rompe-se com a ideia do direito comunitário enquanto corpo de normas que definiam um conjunto de direitos e obrigações que actuavam apenas na esfera dos Estados, que os tinham estabelecido, e das instituições comunitárias, para conceber o ordenamento jurídico comunitário como uma realidade que pode ser directamente invocada pelos cidadãos junto dos tribunais nacionais, abolindo-se, deste modo, a necessidade de intermediação que aos Estados é tradicionalmente confiada para fazer operar no seu território normas emanadas por uma entidade internacional. Como refere o Juíz Mancini, através da doutrina que decorre de *Van Gend en Loos*, o Tribunal de Justiça retirou o direito comunitário da esfera restrita dos políticos e burocratas e confiou-o nas mãos do povo, tendo por este meio empreendido a sua maior realização democrática<sup>49</sup>.

Outra trave mestra da constitucionalização do sistema jurídico comunitário foi a declaração do princípio do primado. Constituindo o direito comunitário um corpo autónomo de normas jurídicas, colocava-se o problema de

---

<sup>47</sup> Veja-se o Parecer 1/91 do Tribunal de Justiça onde este órgão afirmou, depois de referir que o Tratado CEE constitui a carta constitucional de uma comunidade de direito, que as características essenciais da ordem jurídica comunitária são o seu primado em relação ao direito dos Estados-membros e o efeito directo de muitas das suas disposições. Cfr. TJCE, 14 de Dezembro de 1991, Parecer 1/91, Recueil I-6102, ponto n.º 21.

<sup>48</sup> TJCE, 5 de Fevereiro de 1963, *Van Gend en Loos*, processo 26/62, Recueil 1963, pag. 1.

<sup>49</sup> Mancini, F., Keeling, D.T., *Democracy and the European Court of Justice*, *Modern Law Review*, 1994, p. 183.

como proceder nas situações em que estas mesmas normas entrassem em conflito com o direito nacional dos Estados-membros. No acórdão *Costa/Enel*<sup>50</sup>, o Tribunal de Justiça afirmou que em tais situações o direito comunitário deveria prevalecer sobre o direito dos Estados-membros, pois, de outro modo seriam postos em causa os objectivos estabelecidos pelo Tratado. O Tribunal haveria de desenvolver um entendimento tendencialmente absoluto do princípio do primado, afirmando quase sempre a primazia da norma comunitária, independentemente da natureza da norma nacional em causa - se de tipo constitucional, legislativo ou administrativo - ou das normas comunitárias - norma do Tratado ou norma emanada em aplicação deste - e das regras atinentes à sucessão das leis no tempo<sup>51</sup>. Como já tivemos oportunidade de referir, foi a afirmação do princípio do primado que imprimiu o carácter vertical da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros, em virtude da hierarquia no relacionamento das ordens jurídicas envolvidas que aquele princípio estabelece.

Porém, a afirmação judicial destes dois princípios fundamentais da ordem jurídica comunitária não bastaria, por si só, para justificar o fenómeno da constitucionalização do direito comunitário. Um outro aspecto de idêntica importância respeita ao funcionamento do controlo judicial de legalidade no sistema comunitário<sup>52</sup>. Como se sabe, na Comunidade Europeia existe um sistema duplo do controlo da legalidade dos actos, no sentido em que, por um lado, os actos comunitários estão sujeitos a um controlo da sua legalidade em relação ao Tratado e, por outro lado, os actos jurídicos dos Estados-membros estão submetidos a um

---

<sup>50</sup> TJCE, 15 de Julho de 1964, *Costa c. Enel*, processo 2/64, Recueil 1964, pag. 1150.

<sup>51</sup> Cfr. Pescatore, P., *L'Ordre Juridique des Communautés Européennes - Étude des sources de droit communautaire*, Presses Universitaires de Liège, Liège, 1975, p. 262, o qual considera que o recurso a tais critérios de aplicação das leis se justifica apenas para as situações em que as normas jurídicas relevem de um mesmo ordenamento jurídico e que a sua utilização deve ser proscrita nos casos que obriguem ao relacionamento entre sistemas jurídicos diversos.

<sup>52</sup> Cfr. Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, The Yale Law Journal, 1991, p. 2419 - 22.

controle de legalidade não apenas em relação ao Tratado, como a todo o direito comunitário derivado. Ora este segundo nível de controle de legalidade, dos actos normativos nacionais, que o Tratado concebia que se realizasse predominantemente através da acção por incumprimento prevista no seu artigo 169º, apresenta algumas debilidades, quais sejam, o facto de a Comissão obedecer frequentemente a motivos de oportunidade política para a interposição dos respectivos recursos, a impossibilidade prática de poder monitorizar todas as eventuais infracções praticadas pelos Estados e, sobretudo, a ausência de uma dimensão executiva dos acórdãos condenatórios dos Estados proferidos no âmbito deste mecanismo contencioso.

Tais insuficiências do controle de legalidade das obrigações dos Estados no âmbito do sistema comunitário foram em boa parte compensadas pelo modo como foi desenvolvido o mecanismo do recurso prejudicial previsto pelo artigo 177º do Tratado. Na verdade, o uso frequente que dele fizeram os tribunais nacionais, normalmente situados nos graus inferiores das respectivas hierarquias jurisdicionais, permitiu colmatar muitas das limitações do artigo 169º, ao alargar o âmbito do controle de legalidade a um maior número de potenciais infracções dos Estados, mas sobretudo aproveitando do próprio aparelho judicial nacional para impôr aos Estados, através do efeito directo das normas comunitárias, o efectivo cumprimento das obrigações que para eles resultavam do direito comunitário. Assim, verificou-se como que uma espécie de "nacionalização" das obrigações comunitárias para os Estados, cujo respectivo respeito passou também a relevar da jurisdição dos seus órgãos judiciais comuns criando naqueles como que o "hábito de obediência" - aspecto pouco frequente nas organizações internacionais - e levando ao quase desaparecimento de um dos instrumentos típicos do direito internacional: a teoria da responsabilidade do



Estado<sup>53</sup>. A transformação funcional do recurso previsto no artigo 177º, e o resultado da sua aplicação conjugada com o princípio do efeito directo dos actos comunitários, permitiu a criação de um instrumento quase-federal de controlo judicial da conformidade do direito nacional com o direito comunitário<sup>54</sup>. Neste sentido, pode-se dizer que a ordem jurídica comunitária, tal como ela resulta no início dos anos setenta, se encontra mais próxima dos elementos fundamentais de um ordenamento jurídico de natureza constitucional do que de uma qualquer forma de direito internacional<sup>55</sup>.

#### *4.2. a erosão do princípio das competências de atribuição*

A segunda fase do fenómeno de constitucionalização do direito comunitário respeita ao tema das competências desta entidade e às transformações a que estas foram submetidas a partir do início da década de setenta. Tivemos oportunidade de expôr como a Comunidade Europeia, em virtude da sua génese internacionalista, via o alcance das suas competências determinado pelo princípio das competências de atribuição, elemento característico das organizações internacionais. Ora, como veremos, as competências comunitárias sofrerão um importante processo de mutação a partir dos anos setenta, em virtude do efeito conjugado de factores vários, que conduzirá ao esbatecimento progressivo da ideia fundamental que presidiu à sua alocação originária de competências. No entender de Weiler, a Comunidade Europeia terá conhecido a partir dessa época uma decisiva erosão deste mesmo princípio das competências de atribuição. Poderemos, em termos gerais, apontar os dois tipos de elementos que provocaram uma tal erosão: por um lado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de

---

<sup>53</sup> idem, p. 2421

<sup>54</sup> Mancini, F., Keeling, D.T., *Democracy and the European Court of Justice*, op. cit., p. 182.

<sup>55</sup> Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, op. cit., p. 2422.

competências e, por outro lado, o uso que se fez da cláusula contida pelo artigo 235º do Tratado.

#### 4.2.1. a jurisprudência do Tribunal de Justiça

É sabido que o Tribunal de Justiça foi uma instituição que, no exercício da missão que lhe foi confiada pelo Tratado, assumiu uma atitude abertamente favorável ao reforço do processo de integração no respeito, porém, da legalidade comunitária. Essa atitude pró-integracionista que caracteriza a jurisprudência desta instituição reflecte-se, necessariamente, na sua abordagem dos problemas relacionados com o alcance das competências da Comunidade e do seu modo de repartição com os Estados-membros. No desenvolvimento da jurisprudência em matéria de competências a atitude pró-integracionista do Tribunal assenta sobretudo no recurso a elementos de interpretação extensiva, teleológica, dinâmica, bem como pelo uso do princípio do efeito útil das disposições do Tratado. Em resultado desta abordagem hermenêutica do direito comunitário podemos encontrar diferentes vias que tendem a reflectir o efeito global produzido pela jurisprudência do Tribunal no processo de mutação do esquema de competências inicialmente estipulado pelo Tratado. Para uma melhor compreensão sistemática do contributo jurisprudencial vejamos brevemente quais as categorias jurídicas em que se pode enquadrar uma tal abordagem: as competências implícitas; a preempção; a absorção; e a extensão.

##### a) as competências implícitas

Se bem que a chamada doutrina dos *implied powers* tenha conhecido a sua origem na jurisprudência da *Supreme Court* dos Estados Unidos<sup>56</sup>, a propósito de um problema relativo à repartição de competências entre o governo federal e os

---

<sup>56</sup> No acórdão *McCulloch v. Maryland*, de 1819.

Estados federados, ela de há muito que havia sido apropriada pelo direito internacional e, como já referimos, é considerada como um dos modos possíveis de atribuição de competências às organizações internacionais<sup>57</sup>.

No ordenamento jurídico comunitário o Tribunal de Justiça fez uma utilização que se pode considerar como bastante limitada da teoria das competências implícitas. De facto, o reconhecimento judicial de uma atribuição implícita de competências à Comunidade Europeia confinou-se ao domínio das suas relações externas. Este reconhecimento implícito de competências em matéria de relações internacionais é tanto mais interessante quanto o facto de o mesmo ter sido antecedido por um período em que o entendimento dominante na literatura da especialidade considerava que a Comunidade apenas disporia das competências externas nas áreas em que tais prerrogativas resultassem de uma atribuição expressa pelo Tratado<sup>58</sup>.

Porém, o Tribunal de Justiça, contrariando esta perspectiva limitada das competências internacionais da Comunidade, foi afirmando ao longo da década de setenta, numa série de três decisões que teremos oportunidade de descrever quando empreenderemos a análise da sua jurisprudência nesta matéria<sup>59</sup>, o princípio do paralelismo das competências externas comunitárias com o das suas competências internas, declarando que as atribuições da Comunidade em matéria de relações externas poderiam decorrer implicitamente das

---

<sup>57</sup> Cfr. Rousseau, C., *Droit International Public - Tome II - Les sujets de droit*, Éditions Sirey, Paris, 1974, p. 470; Dupuy, P.-M., *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2ème édition, 1993, p. 133. Refira-se que o Tribunal Permanente de Justiça Internacional afirmou pela primeira vez a teoria das competências implícitas num parecer de 23-7-1926 sobre a O.I.T.; e o Tribunal Internacional de Justiça expressou o primeiro reconhecimento de competências implícitas à O.N.U. num parecer de 11-4-1949, a propósito da indemnização dos prejuízos sofridos pelos seus agentes.

<sup>58</sup> Sobre esta matéria ver, Kovar, R., "Les compétences implicites: jurisprudence de la Cour et pratique communautaire" in Demaret, P., *Rérelations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Colloque 1986, Collège d'Europe n° 45, Story Scientia, Bruges, p. 17 e segs.

<sup>59</sup> AETR, Kramer e Parecer 1/76.

disposições do Tratado que fixassem a sua competência interna, dos actos de direito derivado adoptados em sua aplicação, ou mesmo, hipótese mais ousada, das situações em que a participação da Comunidade num acordo internacional se revelasse necessária para a realização de um dos objectivos inscritos no Tratado. Superando deste modo a tese das competências de atribuição.

*b) extensão*

Uma outra categoria jurídica que reflecte o processo de mutação a que foram submetidas as competências comunitárias por via da jurisprudência do Tribunal de Justiça é a que Weiler designa como extensão<sup>60</sup>. Os elementos característicos da extensão residem no facto de esta transformação das atribuições da Comunidade se realizar, por um lado, dentro da sua própria área de competências, circunstância esta que determina, por seu turno, que o alargamento de competências verificado não se tivesse operado com prejuízo directo da esfera jurídica dos Estados. Dois exemplos do que acabamos de referir podem ser colhidos na jurisprudência do Tribunal referente tanto à questão dos direitos fundamentais, como ao problema da legitimidade processual do Parlamento Europeu.

Em matéria de direitos fundamentais, é sabido como a Comunidade Europeia, enquanto entidade cujos objectivos se limitavam a realizações de escopo predominantemente económico, fosse desprovida no seu acto institutivo de uma carta de direitos fundamentais que a mesma devesse respeitar no prosseguimento da sua actividade<sup>61</sup>. No entanto, a afirmação do efeito directo e do primado das disposições do direito comunitário vieram transformar

---

<sup>60</sup> Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, op. cit., p. 2437.

<sup>61</sup> Moitinho de Almeida, J.C., "La Protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", em Rodríguez Iglesias, G.C., Lifán Noguerras, D.J., *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 98.

profundamente a fisionomia da Comunidade, enquanto organização internacional, e chamaram a atenção, até como condição de reconhecimento da supremacia do seu ordenamento jurídico por parte dos Tribunais Constitucionais de alguns Estados-membros, para o problema do controlo de legalidade dos actos comunitários por motivos de uma eventual violação dos chamados direitos fundamentais<sup>62</sup>. Reconhecendo a premência da questão, o Tribunal de Justiça prontamente desenvolveu uma jurisprudência pela qual declarava os direitos fundamentais como parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância era assegurada pelo Tribunal, bem como garantia que todas as disposições normativas emanadas pelas instituições da Comunidade estariam sujeitas a um controlo jurisdicional em matéria de direitos fundamentais<sup>63</sup>, adoptando como parâmetros de uma tal revisão as tradições constitucionais dos Estados-membros e as convenções internacionais sobre direitos fundamentais de que estes fossem partes contratantes<sup>64</sup>.

Quanto ao problema da posição processual do Parlamento Europeu, nos recursos de anulação e por omissão previstos respectivamente pelos artigos 173º e 175º do Tratado de Roma, o Tribunal através de uma interpretação actualista da letra daquelas disposições, a qual teve em conta o reforço de poderes entretanto operado em benefício desta mesma instituição, permitiu que o Parlamento Europeu alcançasse a necessária legitimidade processual activa para a interposição de um recurso de anulação, nos casos em que estivesse em causa a salvaguarda das suas prerrogativas de actuação<sup>65</sup>, bem como admitiu que os seus actos jurídicos, que fossem susceptíveis de produzir efeitos em relação a

---

<sup>62</sup> Cfr. Hartley, T.C., *The Foundations of European Community Law*, 2nd Edition, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 132 e segs; Díez-Picazo, L.-M., *Una constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1991, p. 140.

<sup>63</sup> TJCE, 14 de Maio de 1974, *Nold contre Commission*, processo 4/73, Recueil 1974, p. 507.

<sup>64</sup> Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, op. cit., p. 2417.

<sup>65</sup> TJCE, 22 de Maio de 1990, *Parlement Européen contre Conseil des Communautés européennes (Chernobyl)*, processo C-70/88, Recueil 1990, p. 2041.

terceiros, pudessem ser objecto de um controlo de legalidade nos termos deste recurso, afirmando assim a legitimidade passiva do Parlamento no âmbito deste mecanismo contencioso<sup>66</sup>. Igualmente, no que toca ao chamado recurso por omissão, o Tribunal declarou que nas situações em que o Parlamento se encontrasse na obrigação de adoptar um acto jurídico, uma eventual omissão da sua parte poderia determinar a interposição do respectivo recurso<sup>67</sup>. Trata-se, portanto, de uma jurisprudência que incrementa significativamente a posição processual do Parlamento Europeu no quadro destes dois tipos de recursos previstos pelo Tratado.

### *c) absorção*

Situação de absorção de competências verifica-se nos casos em que as normas comunitárias entrem em conflito com medidas do direito nacional pertencentes a uma área de competência dos Estados que, em princípio, seja de considerar como totalmente estranha às atribuições da Comunidade, porque relativa à regulação de aspectos que ultrapassam a sua esfera material de actuação. Aquando da ocorrência de tal situação de facto se, como refere Weiler, fôr decidido sobrepor a aplicação das normas comunitárias às disposições provenientes do ordenamento jurídico nacional, estaremos em presença de um caso de absorção da referida competência nacional pelo sistema comunitário<sup>68</sup>.

Tal situação pode ser melhor ilustrada através do sucedido no acórdão *Casagrande*<sup>69</sup>. Neste caso tínhamos, por um lado, uma disposição do direito derivado comunitário que alargava aos filhos dos trabalhadores emigrantes, que se

---

<sup>66</sup> TJCE, 23 de Abril de 1986, *Parti Écologiste "Les Verts" contre Parlement Européen*, processo 294/83, Recueil 1986, p. 1339.

<sup>67</sup> TJCE, 22 de Maio de 1985, *Parlement Européen contre Conseil des Communautés européennes*, processo 13/83, Recueil 1985, p. 1513.

<sup>68</sup> Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, op. cit., p. 2438 - 41.

<sup>69</sup> TJCE, 3 de Julho de 1974, *Donato Casagrande contre Landeshauptstadt München*, processo 9/74, Recueil 1974, p. 773.

encontrassem deslocados do seu país de origem, o princípio da não-discriminação em matéria de acesso ao ensino e, por outro lado, a decisão das autoridades locais do Estado de acolhimento do cidadão em causa, com base numa disposição do seu ordenamento jurídico, de não conferir um subsídio financeiro para a realização dos estudos de Casagrande, pelo facto de tal apoio financeiro se incluir dentro da política de fomento do ensino público, matéria que escapava ao âmbito de actuação das competências da Comunidade. O Tribunal, rejeitando a ideia da existência de absoluta impermeabilidade das áreas de competência reservada dos Estados, preferiu dar prevalência aos objectivos prosseguidos pela medida comunitária em questão do que defender a completa intangibilidade de um domínio que relevava da competência exclusiva dos Estados<sup>70</sup>. Deste modo, pode-se considerar que o sistema jurídico comunitário absorveu a aplicação das normas nacionais, com consequente sacrifício do princípio das competências de atribuição. Refira-se, todavia, que através desta figura da absorção não se atribuíram competências materiais à Comunidade que lhe permitissem legislar no domínio da educação. Trata-se, sobretudo, de um modo de resolver os conflitos de competências entre os dois ordenamentos que implica uma erosão das áreas que relevam da competência única dos Estados.

#### *d) preempção*

É neste ambiente de profunda mudança do ordenamento comunitário, tanto nos seus aspectos de natureza estrutural, como na delimitação do sentido e alcance das suas competências materiais - processo a que nos referimos como consubstanciado na referida constitucionalização do sistema jurídico da Comunidade - que, em nosso entender, se deve inserir o tema da preempção. Como se disse, a partir

---

<sup>70</sup> Dehousse, R., *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Montchrestien, Paris, 1994, p. 58.

da década de setenta a jurisprudência do Tribunal de Justiça opera o que então designámos como um metamorfose da natureza jurídica das competências comunitárias, a qual corresponde, por sua vez, a uma perspectiva ampla da figura da preempção. A compreensão plena desta jurisprudência passa pelo seu enquadramento no contexto mais vasto de uma decisiva mutação que o Tribunal de Justiça imprimiu na abordagem da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados. Abordagem essa que se traduziu numa erosão progressiva, ou, se quisermos numa precarização do princípio das competências de atribuição enquanto ideia directora do problema da repartição de competências no sistema comunitário.

Competências implícitas, absorção, extensão e preempção são, assim, as categorias jurídicas identificáveis neste processo de mutação jurisdicional das competências comunitárias. Porém, isso não significa que se deva encerrar a dinâmica e a diversidade do contributo do Tribunal de Justiça no limites estreitos daquela classificação. Na verdade, o Tribunal ao longo deste período de mutação - que se inicia nos anos setenta - demonstrou uma continuada tendência para realizar uma abordagem expansiva das competências da Comunidade, que se manifestava quer numa interpretação extensiva e teleológica das disposições do Tratado que estipulavam as atribuições desta, quer num entendimento restritivo das competências normativas dos Estados-membros. A utilidade da classificação que apresentámos reside, sobretudo, no facto de a mesma traduzir o sentido dominante da mudança do quadro de competências comunitário operado pela jurisprudência, ou seja, o aumento da esfera de atribuições da Comunidade realizado a expensas dos Estados, traço comum às figuras das competências implícitas, absorção e preempção, mas também o de reflectir o caso específico da extensão onde o incremento de atribuições comunitárias não determinava uma necessária e correspondente diminuição da esfera jurídica dos Estados.



#### 4.2.2. o artigo 235º e a expansão das competências comunitárias

Para além do contributo judicial à erosão das competências de atribuição da Comunidade - que acabámos de enunciar nos seus aspectos principais - este processo de precarização da ideia que presidiu à alocação inicial das competências comunitárias conta com um outro elemento, o qual provocou uma transformação ainda mais profunda e radical do fenómeno de mutação destas competências: o recurso ao artigo 235º do Tratado<sup>71</sup>. A característica fundamental deste segundo elemento de mutação das competências comunitárias é a de que ele opera directamente por via política, diferentemente do anterior que se processava através da jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça. Com efeito, o recurso ao artigo 235º pressupõe, nos casos em que se vise a prossecução de um dos objectivos da Comunidade, mas em que o Tratado não tenha previsto a competência material para o efeito, a existência de uma vontade política comum a todos os Estados-membros no sentido de obviar a uma tal situação<sup>72</sup>.

Registe-se, porém, que o artigo 235º não deve ser confundido com uma qualquer tentativa de inserir no Tratado uma espécie de versão codificada da teoria das competências implícitas. Efectivamente, no âmbito das chamadas competências implícitas o acréscimo de competências verifica-se numa área onde já existiam atribuições expressamente previstas, mas onde o alcance de uma tal atribuição não permitia a realização dos objectivos visados sem que se procedesse a uma interpretação funcional, que autorizasse a extensão de competências a aspectos que se revelam como que implícitos para o pleno desenvolvimento de tais competências explícitas. Pelo contrário, através do

<sup>71</sup> Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, op. cit., p. 2442

<sup>72</sup> Sobre os requisitos de utilização do artigo 235º, ver Guerra Martins, A.M., *O Artº 235º do Tratado da Comunidade Europeia - cláusula de alargamento das competências dos órgãos comunitários*, Lex - Edições Jurídicas, Lisboa, 1995, p. 119 e segs.

artigo 235º os autores do Tratado visaram estabelecer uma espécie de *elastic clause* a que se recorreria nos casos de inexistência de uma atribuição específica à Comunidade, que se revele como necessária para a realização de um dos objectivos desta. Pelo recurso ao artigo 235º visa-se o suprimento de uma lacuna no esquema de atribuição de competências previsto pelo Tratado, que determina, portanto, a criação de uma nova competência comunitária que se vem juntar às previamente estabelecidas<sup>73</sup>. Do que resulta a expansão das competências da Comunidade e o consequente desgaste do referido princípio das competências de atribuição.

O recurso ao artigo 235º do Tratado foi marcado por um acontecimento de fundamental importância para a expansão das competências comunitárias: a Cimeira dos Chefes de Estado e de Governo da Comunidade Europeia realizada em Paris, em Outubro de 1972. Na verdade, até à Cimeira de Paris o artigo 235º do Tratado foi objecto de utilização pouco frequente a qual, o mais das vezes, respeitava a domínios de intervenção abrangidos por uma atribuição explícita da Comunidade - como sejam a união aduaneira e a política agrícola - mas cujos respectivos poderes de actuação nessas matérias não eram considerados como suficientes para o pleno cumprimento dos objectivos comunitários. Esta perspectiva restritiva que enquadrava o recurso ao artigo 235º foi radicalmente alterada na sequência dos resultados alcançados na referida Cimeira de Paris, onde se concluiu pela necessidade de se proceder - face ao primeiro alargamento a novos Estados-membros que então se aproximava - ao aprofundamento e acabamento dos objectivos que conduziram à criação da Comunidade Europeia, o que passaria por uma melhor e mais ampla utilização de

---

<sup>73</sup> Cfr., Kapteyn P.J.G., *Verloren Van Themaat, P., Introduction to the Law of the European Communities*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1989, p. 113 - 119; Lenaerts, K., *Le Juge et la Constitution aux États-Unis D'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, op. cit., p. 471; e também Schwartz, I.E., *Article 235 and Law-Making Powers in the European Community*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1978, p. 624.

todas as disposições do Tratado e, em especial, do seu artigo 235º<sup>74</sup>.

Por via deste acordo político assumido ao mais alto nível dos Estados-membros, a Comunidade conheceu um período de excepcional alargamento das suas áreas de intervenção, que se fundou num aumento continuado do recurso ao artigo 235º. Assim, e com base neste preceito do Tratado, veremos a Comunidade empreender actuações normativas em domínios que se situavam claramente fora do seu campo de actuação, como sejam, a política regional - com a instituição de um novo organismo nesta matéria, o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional - a política industrial, a ciência e tecnologia, a política energética, a definição de uma política de defesa do ambiente e a protecção dos consumidores. E ainda em outros domínios como os da saúde pública, da educação e da cidadania. A justificação do alargamento da intervenção comunitária a estes novos sectores assentava num entendimento de tipo funcional dos objectivos da Comunidade Europeia, valendo-se das formulações genéricas contidas no artigo 2º do Tratado, e justificando, deste modo, a necessidade de tais intervenções com o melhoramento das condições de vida das populações, o desenvolvimento harmonioso da actividade económica no seio da Comunidade e a sua expansão contínua e equilibrada<sup>75</sup>. Por outro lado, a Comunidade incrementou qualitativamente a sua actuação em áreas que, muito embora fossem de considerar como abrangidas pelas disposições do Tratado, conheceram uma profunda transformação quanto ao tipo de intervenção comunitária até aí verificado<sup>76</sup>. Tal é o caso da política

---

<sup>74</sup> Cfr. Tizzano, A., *Lo Sviluppo delle Competenze Materiali delle Comunità Europee*, Rivista di Diritto Europeo, 1981, p. 150 - 164.

<sup>75</sup> Para uma referência detalhada às actuações empreendidas pela Comunidade nestes sectores ver, Tizzano, A., *Lo Sviluppo delle Competenze Materiali delle Comunità Europee*, op. cit., p. 185 -198.

<sup>76</sup> Weiler traça uma interessante distinção entre a utilização quantitativa do artigo 235º, sobre a qual apresenta um ilustrador gráfico relativo ao número de actos comunitários adoptados com esta base jurídica, e a sua utilização qualitativa. Quanto a esta última, distingue três categorias: a primeira, que engloba uma interpretação restritiva do artigo 235º e na qual se contam apenas os actos relacionados com o objectivo do mercado comum; uma segunda categoria contém uma interpretação extensiva do artigo a qual comporta os actos

social, da circulação de pessoas e, sobretudo, da cooperação económica e monetária.

Com efeito, a matéria de cooperação económica e monetária foi um dos casos em que se verificou uma espécie de fungibilidade na utilização do artigo 235º. Como dissemos, a finalidade deste preceito consistia em conferir à Comunidade as competências que, embora não se encontrassem expressamente atribuídas, se revelavam necessárias à realização dos objectivos que lhe haviam sido estipulados. Ora, algumas actuações em matéria de política económica e monetária fundadas no artigo 235º muito dificilmente poderiam ser reconduzidas à realização dos objectivos enunciados pelo artigo 2º do Tratado. Tal é o caso desse objectivo - quase transcendental se nos colocarmos na perspectiva dos autores do Tratado de Roma - da realização de uma união económica e monetária. Na verdade, a meta da união económica e monetária, cuja génese contém, ela própria, uma referência ao artigo 235º, despoletou um conjunto de iniciativas comunitárias como a criação do sistema monetário europeu, a introdução de uma unidade de conta europeia (o ECU) e a adopção de mecanismos financeiros de apoio a tal realização, como o chamado novo instrumento comunitário. O aspecto comum a todas essas iniciativas é a de que elas se concretizaram com base no artigo 235º do Tratado e visaram a realização do objectivo da união económica e monetária<sup>77</sup>. Assim, temos o recurso ao artigo 235º em apoio não só de novas competências comunitárias que se destinavam à realização dos objectivos definidos pelo Tratado, mas, também, de competências que visavam a realização de novos objectivos.

---

reportáveis à esfera económica de actuação da Comunidade; na terceira categoria, encontram-se os actos que ultrapassam a actividade económica da Comunidade, como sejam, aqueles que se referem ao direito de residência, à saúde pública e à mobilidade de estudantes. Cfr. Weiler, J.H.H., *Il sistema comunitario europeo*, il Mulino, Bologna, 1985, p. 192 e segs.

<sup>77</sup> Tizzano, A., *Lo Sviluppo delle Competenze Materiali delle Comunità Europee*, op. cit., p. 190.

O tipo de utilização a que foi submetido o artigo 235º suscita, obviamente, a questão dos limites do seu uso e o problema da sua relação com o processo formal de revisão das disposições do Tratado previsto pelo artigo 236º. Quanto à primeira questão, não restam dúvidas de que esta cláusula de expansão das competências comunitárias foi objecto de uma utilização excessiva que, por se fundar no consenso unânime dos Estados-membros, ultrapassou os limites materiais da razoabilidade da sua invocação. Basta pensar na sua actuação em prol de objectivos que extravazavam os propósitos fixados à Comunidade ou, nos casos em que embora se invocassem os objectivos fixados pelo artigo 2º, se adoptavam actos jurídicos que se situavam claramente fora da esfera económica assinalada pelo Tratado. Na verdade, na época em que a utilização do artigo 235º atingiu o seu *clímax*, ou seja, no período que medeia entre a aludida Cimeira de Paris e a adopção do Acto Único Europeu, parecia que os limites à utilização do artigo 235º dependeriam, apenas, e tão só, da vontade e do consenso político que se formassem no seio do Conselho<sup>78</sup>.

Quanto à sua relação com o processo formal de revisão do Tratado estabelecido pelo artigo 236º, é um problema que suscita apreensões profundas relacionadas com as garantias políticas e constitucionais dos Estados que subscreveram o pacto jurídico que instituiu as Comunidades, além de levantar as questões decorrentes da escassa participação do elemento democrático no processo de integração e da falta de transparência que caracteriza em termos globais este mesmo processo. Na verdade, uma utilização do artigo 235º que permita uma alteração importante dos objectivos comunitários, mas, também, uma modificação substancial do equilíbrio de competências entre a Comunidade e os Estados-membros é uma situação que se repercute sobre a identidade material da ordem jurídico-comunitária, e que deve apenas ser realizada por intermédio de uma revisão formal do

---

<sup>78</sup> Usher, J., *European Community Law and National Law - The Irreversible Transfer*, George Allen & Unwin, London, 1981, p. 84.

Tratado nos termos do disposto no seu artigo 236<sup>a</sup>. Efectivamente, apenas o processo de revisão formal permite um tal tipo de alteração fisionómica da Comunidade e garante, ainda, o respeito dos necessários procedimentos constitucionais dos Estados, *maxime*, a participação dos respectivos parlamentos nacionais através dos processos de ratificação<sup>79</sup>. Ora, as alterações materiais de carácter constitucional realizadas através recurso ao 235<sup>a</sup>, na esfera das competências normativas da Comunidade, para além de terem decorrido à margem dos parlamentos nacionais, não dispuseram de uma adequada compensação democrática, através do tipo de participação assegurado ao Parlamento Europeu, o qual é objecto de uma simples consulta, sem conteúdo vinculativo relativamente às decisões que o Conselho haja de adoptar com base neste procedimento. O que conduz a uma quase total governamentalização do processo de alteração material do ordenamento constitucional comunitário<sup>80</sup>. Por outro lado, o recurso sistemático ao artigo 235<sup>a</sup>, em detrimento do processo de revisão formal do Tratado, provocou um agravamento da situação de falta de transparência e de indefinição de contornos que caracteriza a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros.

#### 4.3. o chamado 'paradoxo de Weiler'

A nossa referência ao chamado processo de constitucionalização da ordem jurídica comunitária, não ficaria completa se não nos referíssemos às razões profundas que permitiram uma tão radical ruptura do direito comunitário com a sua génese internacionalista e a consequente afirmação dos traços distintivos de um ordenamento de tipo constitucional. Na verdade, não é possível alcançar plena compreensão do sistema jurídico comunitário sem proceder à sua necessária contextualização

---

<sup>79</sup> Tizzano, A., *Lo Sviluppo delle Competenze Materiali delle Comunità Europee*, op. cit., p. 181.

<sup>80</sup> Weiler, J.H.H., *Il sistema comunitario europeo*, op. cit., p. 207.

no quadro dos grandes acontecimentos que marcaram o desenvolvimento das suas características actuais. Ou seja, é necessário perceber por que motivos os Estados-membros aceitaram uma tal transformação da ordem jurídica comunitária.

A nossa referência ao processo de constitucionalização assenta numa análise conjugada de vários aspectos de carácter exclusivamente normativo, a saber: o efeito directo do direito comunitário, o primado da ordem jurídica da Comunidade sobre o direito dos Estados-membros, o sistema de controlo judicial da conformidade do direito derivado comunitário e do direito nacional com as disposições do Tratado e, por fim, a erosão do princípio das competências de atribuição da Comunidade, entendidas estas como os seus domínios materiais de intervenção normativa. Porém, a Comunidade Europeia constitui, para além do seu singular ordenamento jurídico, uma entidade de carácter fundamentalmente político no sentido em que o chamado processo de integração materializa uma realidade política e o seu direito não é mais do que uma forma de enquadrar essa realidade nos termos das exigências naturais das chamadas colectividades de direito público<sup>81</sup>. Isto é, uma Comunidade cuja actuação e desenvolvimento são pautados pelo direito, numa palavra, uma Comunidade de Direito.

Assim sendo, qualquer análise das transformações operadas no ordenamento jurídico comunitário - como aquela que acabámos de empreender relativa ao seu processo de constitucionalização - só poderá ser plenamente entendida se tivermos presente quais as condicionantes de natureza política que operaram no período em que concentrámos a nossa atenção. É neste quadro complexo de relacionamento do ordenamento jurídico com a entidade política a que o mesmo se reporta que entendemos oportuno referir o chamado

---

<sup>81</sup> Sobre a interdependência existente entre política e direito, na perspectiva do relacionamento que se estabelece entre poder político e ordenamento normativo, ver MacCormick, N., *Beyond the Sovereign State*, *The Modern Law Review*, 1993, p. 11.

'paradoxo de Weiler'. Paradoxo porque este autor reconduz as transformações operadas no sistema jurídico da Comunidade durante o lapso de tempo em análise, bem como a sua global aceitação por parte dos Estados-membros, às alterações de sentido oposto que, em igual período de tempo, foi submetido o processo político comunitário. Alterações essas que acentuaram o carácter inter-governamental da Comunidade, enquanto realidade política, e fragilizaram os chamados elementos supranacionais introduzidos no Tratado de Roma. A constitucionalização do seu ordenamento jurídico teria, assim, funcionado como o preço que o sistema político comunitário teria pago para o esvanecer das suas alegadas características supranacionais. No fundo este paradoxo, resultante da contraposição da análise do ordenamento jurídico com a do seu funcionamento político, teria constituído o ponto de encontro que permitiu o equilíbrio indispensável à prossecução do sistema comunitário<sup>82</sup>.

Sem pretender estabelecer relações de causalidade directa entre as dimensões jurídica e política do sistema comunitário, Weiler observa que no chamado período fundacional, situado basicamente no decurso da década de sessenta, a ordem jurídica da Comunidade afirmou os elementos estruturais do seu processo de constitucionalização - com a jurisprudência relativa às doutrinas do efeito directo e do primado do direito comunitário, bem como os desenvolvimentos que o mecanismo de controlo judicial das obrigações dos Estados com o ordenamento comunitário conheceu por via da dinâmica dos recursos prejudiciais - ao mesmo tempo que o processo político comunitário assistia ao declínio dos seus elementos supranacionais<sup>83</sup>. Na verdade, é na sequência do chamado período da "chaise vide", que ocorre em 1965/66,

---

<sup>82</sup> Weiler, J.H.H., *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, Yearbook of European Law, 1981, p. 292.

<sup>83</sup> Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, op. cit., p. 2423.



que se adoptaram os enigmáticos Acordos do Luxemburgo<sup>84</sup> os quais constituem o motivo do abandono do voto por maioria qualificada nas decisões do Conselho e o regresso à regra do consenso, típica da inter-governamentalidade. É também neste mesmo período que a Comissão conhece o primeiro sinal de enfraquecimento da sua posição relativa no quadro do processo de decisão comunitário, por via da institucionalização do Coreper<sup>85</sup> operada pelo Tratado de Fusão das instituições comunitárias de 1965.

No entendimento de Weiler, teria sido o facto de os Estados-membros terem conseguido recuperar o controlo absoluto sobre o processo de decisão que permitiu que estes se não tivessem oposto à referida constitucionalização. Repare-se, por outro lado, que sendo a década de sessenta um período pouco propício, do ponto de vista político, ao desenvolvimento do espírito supranacional presente no Tratado, foi através da actuação de uma instituição de natureza jurisdicional - o Tribunal de Justiça - que se verificou o fenómeno de constitucionalização. No entanto, os Estados-membros sentiam-se seguros quanto aos desenvolvimentos da jurisprudência, na medida em que, em última análise, eram eles próprios quem definiam o alcance e o conteúdo dos actos cuja respectiva aplicação era confiada aos apertados mecanismos de controlo de implementação estabelecidos pelo sistema jurisdicional da Comunidade<sup>86</sup>.

Igualmente, naquela que designámos como a segunda fase do processo de constitucionalização - em que se verificou a

---

<sup>84</sup> Sobre este assunto, ver Mota de Campos, J., *Direito Comunitário*, I Vol., 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 232 e segs.

<sup>85</sup> O Coreper (abreviação de Comité dos Representantes Permanentes) é um órgão de apoio ao funcionamento do Conselho que reúne os representantes permanentes de cada Estado-membro junto da Comunidade Europeia. No quadro do processo de decisão, o Coreper enquadra a fase de elaboração dos actos comunitários, da responsabilidade da Comissão, através de um processo de consulta e de negociação conduzido por funcionários da Comissão com peritos nacionais, o qual decorre no âmbito dos chamados grupos de trabalho.

<sup>86</sup> Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, op. cit., p. 2429.

chamada erosão das competências de atribuição, a qual teve lugar no período que decorreu entre os primeiros anos da década de setenta e a adopção do Acto Único Europeu - encontramos uma situação política caracterizada por um conjunto de elementos que evidenciam um profundo estado de crise da Comunidade. Na verdade, se atentarmos apenas na dimensão política da integração europeia, vemos uma Comunidade mergulhada numa grave crise do seu processo de decisão, o qual é vítima, por seu turno, do voto por unanimidade introduzido na sequência dos Acordos do Luxemburgo e, também, dos problemas derivados do primeiro alargamento a novos Estados. A que acrescem ainda os custos derivados de uma crise económica sem precedentes na sua história, marcada pelos fantasmas da inflação e do desemprego, cujas causas próximas remontam aos dois choques petrolíferos entretanto ocorridos. Recorde-se apenas a ligação existente entre os períodos de recessão económica e a tendência política dos governos nacionais para obstaculizarem os esforços de liberdade comercial ou as iniciativas conducentes à integração regional dos seus mercados. E, no entanto, assiste-se neste mesmo período a uma expansão notável das competências de actuação da Comunidade, em termos de, como vimos, se ter verificado uma efectiva erosão do princípio director da alocação das competências comunitárias. O que é interessante notar é que foi justamente neste quadro de estagnação política do processo comunitário, como geralmente tende a ser considerado, que a Comunidade conheceu uma verdadeira explosão das suas competências de actuação que marcou a ruptura definitiva com o modelo das competências específicas das organizações internacionais. Registe-se, porém, a importância que o controlo do processo político de decisão pelos Estados-membros ocupou neste alargamento de competências<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, op. cit., p. 2450.

## 5. Os métodos de interpretação do Tribunal de Justiça

A mutação das competências da Comunidade assume, deste modo, uma importância fundamental na caracterização de um fenómeno mais amplo e que designámos como correspondendo à constitucionalização da ordem jurídica comunitária. Observámos como, no quadro deste processo de mutação, a jurisprudência do Tribunal de Justiça haja sido protagonista de primeira grandeza, de par com o tipo de uso a que fôra submetida a cláusula jurídica do artigo 235º por parte dos Estados-membros, na transformação das competências comunitárias. Importa, por isso, que nos detenhamos sobre os elementos e métodos de interpretação a que o Tribunal de Justiça recorre quando lida com a questão divisão de competências entre a Comunidade e os Estados, sublinhando, porém, que não é nosso propósito esboçar qualquer tipo de ensaio sobre a hermenêutica do Tratado pelo Tribunal de Justiça, porquanto só nos anima a pretensão de reunir elementos que permitam entender o modo como a jurisprudência do Tribunal alcançou protagonismo nesta matéria.

### 5.1. o método finalista de interpretação

Inicialmente, o Tribunal de Justiça pareceu recorrer na interpretação das disposições do Tratado - para além dos argumentos de partida comuns em toda a hermenêutica jurídica como o elemento literal e o elemento sistemático - ao método clássico do direito internacional que consiste na aplicação do chamado 'efeito útil' das suas disposições. Do que resultava um entendimento do direito comunitário que visava favorecer um sentido razoável na interpretação das suas normas, com o intuito de assegurar, nos casos em que se revelassem dificuldades de aplicação, um mínimo de eficácia das suas disposições e, evitar que se adoptassem interpretações que, na prática, as esvaziassem de

significado<sup>88</sup>. Era, portanto, uma interpretação de natureza algo minimalista, que procurava sobretudo a salvaguarda do referido efeito útil das disposições do direito comunitário.

Progressivamente, porém, o Tribunal começou a recorrer ao chamado método finalista de interpretação o qual, fundado nos elementos funcional e teleológico se traduz pela procura da razão da lei, da *ratio legis*, pela valoração dos interesses que lhes estão subajacentes e pela descoberta da finalidade que a inspira<sup>89</sup>. Portanto, um método de interpretação que concentra a sua preferência mais no escopo que move a adopção da norma do que nos instrumentos com que pretende dar-lhes realização, que favorece uma análise dos interesses conflitantes à mera ordenação resultante da sua formulação textual<sup>90</sup>. Sublinhe-se, no entanto, que o uso deste método de interpretação é considerado prática usual não apenas no ordenamento interno dos Estados, mas, também no âmbito do direito internacional<sup>91</sup>.

Assim, em caso de dúvida sobre o significado das normas comunitárias, o órgão jurisdicional já não se preocupava apenas em garantir a eficácia dessa disposição, mas começava a desenvolver uma abordagem da hermenêutica do ordenamento comunitário com o emprego do chamado método

---

<sup>88</sup> Bredimas, A., *Methods of Interpretation and Community Law*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1978, p. 77.

<sup>89</sup> Domingues de Andrade, M.A., *Sentido e Valor da Jurisprudência*, Boletim da Faculdade de Direito (Separata), Coimbra, 1973, p. 27.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>91</sup> Emilio Betti sublinhava a propósito da interpretação dos Tratados internacionais que "l'interpretazione non può arrestarsi alla lettera del testo, ma deve andare oltre la formola: qui, però, non tanto in senso retrospettivo (nell'indagine della comune intenzione delle parti), quanto in senso prospettivo, ossia teleologico, per assicurare che la prescelta soluzione del problema pratico riesca pienamente efficiente nell'ambiente storico e nelle condizioni sociali in cui il trattato è chiamato a spiegare la sua funzione normativa.", cfr., Betti, E., *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici (Teoria Generale e Dogmatica)*, Seconda Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1971, p. 441. No mesmo sentido, Quadros, F., *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público - Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, Almedina, Lisboa, 1984, p. 425.

finalista, consistente na identificação da sua *ratio*. É nestes termos que o Juiz-Presidente Robert Lecourt referia a necessidade da utilização deste método interpretativo, seja a título de instrumento auxiliar do uso de outros métodos, seja como elemento verificador da justeza da produção de uma determinada argumentação jurídica, seja ainda, como base principal da motivação jurídica de uma decisão, nos casos em que se revelasse uma maior dificuldade na identificação do preciso alcance dos textos normativos. Como observava Lecourt, o Tribunal na fundamentação dos seus acórdãos utilizava-se do método finalista de interpretação através de formulações diversas aludindo, uma vez, aos objectivos e finalidades do Tratado e, outras vezes, invocando apenas o espírito ou o contexto na qual se inseria a disposição em causa<sup>92</sup>.

Cabe aqui introduzir uma importante precisão sobre o alcance do emprego do método finalista. Com efeito, o Tribunal recorre na fundamentação das suas decisões a uma justificação de carácter finalista que podemos considerar como que revestindo um duplo sentido. Por um lado, o Tribunal procura determinar qual seja o objectivo da disposição particular sobre a qual incide a sua análise, ou do acto normativo em que esta se insere, proferindo a sua interpretação autêntica, tendo em conta este elemento funcional do respectivo preceito. No entanto, não raro a fundamentação jurídica das suas decisões vai além desta pesquisa finalística centrada na singularidade do acto, para se referir ela própria aos objectivos da própria Comunidade a cujo ordenamento jurídico o preceito em causa pertence<sup>93</sup>. Este segundo nível de interpretação finalista

---

<sup>92</sup> Lecourt, R., *L'Europe des Juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 242.

<sup>93</sup> A propósito destes dois níveis de interpretação finalista pelo Tribunal de Justiça, Jean Guégan estabelece uma distinção de carácter terminológico, classificando como 'método funcional' a interpretação finalista da norma, a descoberta do seu objectivo imediato, e reservando a expressão 'método teleológico' para a fase em que o Tribunal recorre aos objectivos gerais definidos pelo Tratado. Cfr. Guégan, J., *Les Méthodes de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Tome I, Thèse, Centre de Documentation et de Recherche Européennes, Université de Rennes I, 1979, p. 279.

faz-se, assim, no quadro mais amplo de referência dos objectivos assinalados à Comunidade pelo próprio Tratado<sup>94</sup>.

É neste quadro amplo de aplicação do elemento teleológico de interpretação que devemos entender a absoluta intangibilidade a que o Tribunal de Justiça submeteu o núcleo duro das disposições do Tratado, ou seja, os seus princípios fundamentais, considerados estes como os princípios ou regras relativos ao estabelecimento do mercado comum. Uma pragmática constituída pelo conjunto de normas e princípios relativos às liberdades de circulação e à implementação das políticas comuns. Um grupo de matérias que, como se sabe, reveste um enorme alcance. Para Robert Lecourt, no tocante a estes princípios fundamentais, nenhum tipo de disposição jurídica poderia ser invocada contra a sua plena aplicação<sup>95</sup>. Nem mesmo, nomeadamente, as normas situadas nas áreas tidas como da exclusiva competência dos Estados-membros e a propósito das quais se suscitassem conflitos marginais com a aplicação dos referidos princípios fundamentais do ordenamento comunitário, ou de normas emanadas em sua aplicação.

Aliás, era este tipo de situação que se registava nos casos que classificámos como de absorção. Esta categoria jurídica que determina a penetração da Comunidade em áreas da esfera exclusiva dos Estados, com o consequente desgaste do princípio das competências de atribuição, é produto de uma utilização muito extensa e irredutível do elemento

---

<sup>94</sup> No mesmo sentido, Mengozzi, P., *Il Diritto della Comunità Europea*, CEDAM, Padova, 1990, p. 301.

<sup>95</sup> "On peut donc avancer que peut être considéré comme fondamental au regard des Traités, tout principe ou toute règle sans lesquels le marché commun serait entravé dans son établissement, son fonctionnement ou son développement. ... Comme pour toute règle fondamentale rien ne prévaut en effet contre elle. Elle s'impose de plein droit et toute exception doit être clairement prévue et d'interprétation stricte. ... La Cour soulignera même qu'en manquant aux devoirs de solidarité au sein de la Communauté un État membre affecte les bases essentielles de l'ordre juridique communautaire. Elle refuse, enfin, aux États membres la possibilité d'édicter des dispositions normatives dans la mesure où ils ont attribué à la Communauté des pouvoirs à cet égard", in Lecourt, R., *L'Europe des Juges*, op. cit. p. 246 - 7.

teleológico de interpretação. Um mesmo tipo de raciocínio sobre o alcance das disposições do direito comunitário se verifica em muitas situações onde ocorre aquilo que referimos como a metamorfose das competências concorrentes da Comunidade em competências exclusivas. Também em tais situações o factor que determina a transformação da natureza jurídica da competência comunitária assenta na eventual lesão dos próprios objectivos do Tratado provocada pela coexistência do poder regulatório dos Estados nesses mesmo domínios. Donde nos parece poder concluir-se que a interpretação teleológica das disposições do Tratado, para além dos méritos que lhe sejam atribuíveis enquanto elemento hermenêutico essencial à afirmação do ordenamento comunitário, constituiu um elemento determinante na definição pelo Tribunal de Justiça da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros.

#### *5. 2. o critério dinâmico de interpretação*

Contudo, a originalidade da perspectiva assumida pelo Tribunal de Justiça, em matéria de repartição de competências, no campo da hermenêutica jurídica, não se esgota neste recurso a uma utilização lata do elemento teleológico na interpretação do direito comunitário. Existe um outro aspecto da leitura que o Tribunal de Justiça faz do ordenamento comunitário que se revela de crucial importância no modo como vai definindo os limites materiais de competência da Comunidade Europeia. Referimo-nos ao chamado critério dinâmico de interpretação.

O critério dinâmico de interpretação das disposições do direito comunitário implica uma inversão de atitude na abordagem dos textos normativos que se faz através de alguns dos argumentos básicos da hermenêutica jurídica, como sejam o elemento literal e o elemento sistemático, os quais, não obstante o facto de constituírem instrumentos de partida indispensáveis à determinação do sentido e alcance das normas jurídicas, tendem a fornecer ao intérprete uma

perspectiva predominantemente estática dos preceitos constitutivos de um determinado ordenamento jurídico. Ora, o Tribunal de Justiça encara o direito comunitário como um ordenamento fundamentalmente dinâmico, no sentido em que este, segundo a intenção que os autores do Tratado inscreveram no seu próprio Preâmbulo, constitui o instrumento jurídico para a realização de "uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus". Donde resulta uma espécie de determinismo histórico traduzido pela ideia da 'união cada mais estreita' entre os povos europeus, a qual constitui uma marca profunda na leitura que o Tribunal faz do conjunto de objectivos assinalados pelo Tratado à Comunidade, bem como das respectivas competências que os Estados-membros consentiram em atribuir-lhe.

A materialização do critério dinâmico de interpretação do direito comunitário não é algo que resulte de per se, mas deve antes ser considerado, segundo Joxerramon Bengoetxea, como o efeito da utilização conjugada de três diferentes tipos de argumentos ao nível da actividade interpretativa: funcional, teleológico e consequencialista<sup>96</sup>. Assim, no entendimento deste autor, o processo interpretativo do Tribunal de Justiça considera quer a efectividade das normas em análise, no respeito da função que lhes foi assinalada - o seu elemento funcional - quer, também, as finalidades que essas mesmas normas pretendem alcançar no quadro do sistema comunitário tendo em vista os objectivos que este se propõe realizar - o referido elemento teleológico - quer, ainda, os efeitos que uma tal interpretação dessas normas necessariamente provocam no universo normativo em que se enquadra a aplicação dessas disposições, em particular, para a ordem jurídica dos Estados - ou seja, o elemento consequencialista. Através deste critério dinâmico, a interpretação do direito comunitário tende a representar este ordenamento como uma espécie de *moving picture*, onde cada figura do quadro seria

---

<sup>96</sup> Bengoetxea, J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice - Towards a European Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 251.



representada não apenas na sua relação com as demais figuras, bem como tendo em atenção a sequência dos seus desenvolvimentos<sup>97</sup>.

Refira-se ainda que o elemento consequencialista, o qual deriva em boa medida da utilização lata que se faz do elemento teleológico, condensa normalmente a parte das decisões judiciais que se ocupa das implicações de uma determinada interpretação das competências comunitárias, em particular, sobre as prerrogativas dos Estados-membros, como acontece nos casos em que se verificam situações de absorção, ou mesmo de preempção. Assim, e a título de exemplo, é pelo recurso a este mesmo elemento que o Tribunal declara, relativamente à chamada absorção, que mesmo nos domínios que permanecem sob regulação exclusiva dos Estados estes não podem adoptar disposições que contrariem os princípios fundamentais do direito comunitário, ou que, nos casos de preempção, se deva considerar que um determinado acto comunitário contém um regime exaustivo de uma dada questão, motivo pelo qual os Estados se deverão abster de quaisquer iniciativas normativas sobre aquele mesmo assunto.

### *5.3. a polissemia da dinâmica comunitária*

Quando nos referimos ao critério dinâmico de interpretação do direito comunitário utilizado pelo Tribunal de Justiça, não podemos deixar de mencionar a polissemia da expressão "dinâmica" no léxico comunitário, questão esta que nos reconduz de novo ao problema das relações do direito com a política no desenvolvimento do sistema comunitário. Na verdade, o critério dinâmico é frequentemente invocado na literatura da ciência política relativa ao processo de integração, muito embora com um sentido naturalmente diverso daquele que referimos a propósito do seu emprego enquanto critério de hermenêutica jurídica. Todavia,

---

<sup>97</sup> *Idem*, p. 252.

entendemos que o seu significado em termos jurídicos, bem como o respectivo alcance político, não deixam de apresentar interessantes pontos de contacto.

De entre as variadas abordagens do sistema comunitário realizadas ao nível da teoria da integração aquela que, provavelmente, conheceu maior expressão terá sido a teoria neo-funcionalista, analisada por Ernest Haas, e que ocupou uma posição dominante até final dos anos sessenta<sup>98</sup>. O neo-funcionalismo, em termos muito genéricos, consistia numa espécie de combinação entre os fins propostos para a integração europeia pelas correntes federalistas com as estratégias de actuação preconizadas pelo pensamento funcionalista que sustentavam a criação sucessiva de agências internacionais que gerissem de modo autónomo um número crescente de matérias que, em virtude da sua natureza, ultrapassassem a esfera de intervenção plena do Estado-Nação. O sucesso de uma tal empresa deveria permitir a criação de uma atmosfera de relacionamento entre os vários actores políticos onde se fossem erodindo gradualmente as bases psicológicas e de facto que geraram os conflitos internacionais precedentes. O neo-funcionalismo, no fundo, tratava de endereçar politicamente o escopo da integração estratificada proposto pela corrente funcionalista, revestindo como que uma versão política sofisticada do seu entendimento inicial<sup>99</sup>. O desenvolvimento neo-funcionalista dos mecanismos potenciadores de integração era confiado à produção do chamado efeito de *spillover*. Este efeito assentava na constatação de que a interdependência que caracteriza as modernas economias levaria a que uma qualquer iniciativa de integração inter-estadual criaria a necessidade de mais realizações similares noutros sectores, que por sua vez se arrastaria em novos sectores, e assim sucessivamente. Este processo seria destinado a criar, através do *spillover*

---

<sup>98</sup> Haas, E.B., *The Uniting of Europe*, Stanford University Press, California, 1958.

<sup>99</sup> Pentland, C., "Political Theories of European Integration: Between Science and Ideology", in Lasok, D., Soldatos, P., *Les Communautés Européennes en Fonctionnement*, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 550 - 5.

gerado por uma integração sectorial, uma integração global da economia a qual deveria proceder mesmo na ausência de uma tal vontade específica. Como se pode notar, este efeito de *spillover*, no qual o neo-funcionalismo contava como instrumento motor, materializa-se na chamada dinâmica de integração

A já referida crise política e económica que marcou a Comunidade Europeia a partir do início da década de setenta teve os seus reflexos na própria teoria da integração a qual se encaminhou para novas direcções onde eram privilegiados os elementos intergovernamentais assentes numa análise da obtenção do consenso político no quadro do processo de decisão comunitário.

Porém, a descoberta recente, por parte da ciência política, do papel desempenhado pelo Tribunal de Justiça no processo de integração europeia veio repropôr o interesse da abordagem neo-funcionalista, desta feita recentrado não já numa análise dos efeitos que a integração económica potenciaria, mas realçando a função que o direito assumiu no quadro da integração europeia<sup>100</sup>. Na verdade, os novos politólogos que retornaram ao neo-funcionalismo sublinham a função assumida pela aludida integração jurídica verificada no seio da Comunidade a qual, considerando o tecnicismo que encerra muitas das suas formulações, permitiu a obtenção de resultados que dificilmente poderiam ter sido alcançados num plano estritamente político, fazendo que importantes realizações políticas comunitárias sejam discutidas e debatidas sob uma lógica e uma linguagem primordialmente jurídica<sup>101</sup>.

No quadro de tais realizações encontramos uma clara referência à expansão das competências comunitárias, em domínios que transcendem a esfera económica alocada à

---

<sup>100</sup> Weiler, J.H.H., *A Quiet Revolution - The European Court of Justice and Its Interlocutors*, Comparative Political Studies, 1994, p. 533.

<sup>101</sup> Burley, A.-M., Mattli, W., *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, International Organization, 1993, p. 44.

Comunidade, em virtude de um efeito típico de *functional spillover*<sup>102</sup>. Ou seja, o reconhecimento de que a perspectiva dinâmica do ordenamento comunitário, adoptada desde logo pelo Tribunal de Justiça, desempenhou uma função primordial na erosão do princípio das competências de atribuição. Donde resultam, em nosso entender, interessantes pontos de contacto entre o sentido do critério dinâmico de interpretação, tal como este é entendido pela hermenêutica jurídica, e uma perspectiva mais global da dinâmica de integração enquanto lógica de suporte do próprio processo político comunitário.

---

<sup>102</sup> *Idem*, p. 66.

## 6. A dinâmica de integração

Como se depreende facilmente de tudo o que acabamos de dizer, o quadro complexo da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros, em meados da década de oitenta, resulta profundamente transformado por via do efeito conjunto desempenhado pelos factores de natureza política e jurisdicional que tivémos oportunidade de analisar. Com efeito, assistiu-se ao esbatecimento definitivo da subtil linha de divisão de competências adoptada pelos autores do Tratado<sup>103</sup>. Porém, a tentativa de estabelecer, durante esse período, quais seriam os limites de competência da Comunidade resultava num exercício de grande dificuldade em virtude da natureza vaga que caracterizava os contornos dessa mesma fronteira constitucional<sup>104</sup>. Assim, e como traço dominante da repartição de competências de então podemos dizer, utilizando uma expressão de Lenaerts, que não existia qualquer núcleo de soberania que os Estados-membros pudessem invocar contra a Comunidade na medida em que as suas competências residuais não dispunham, face ao ordenamento jurídico comunitário, de um qualquer tipo de *reserved status*<sup>105</sup>.

Vamos agora debruçarmo-nos sobre dois problemas que, em nosso entender, se incluem no âmbito da chamada dinâmica de integração. O primeiro diz respeito ao impacto global que a mesma provocou na alocação de competências entre centro e periferia no quadro do processo comunitário. Designaremos este impacto global como tendo sido gerador de um fenómeno

---

<sup>103</sup> Temple Lang, referindo-se à evolução das competências comunitárias, afirmava que depois do Acto Único Europeu as instituições da Comunidade "have comprehensive general powers, and not a series of limited, specific powers (compétences d'attribution)", cfr. Temple Lang, J., *European Community Constitutional Law: The Division of Powers Between the Community and the Member States*, Northern Ireland Legal Quarterly, 1988, p. 224.

<sup>104</sup> Weiler, J.H.H., *Problems of Legitimacy in Post 1992 Europe*, *Aussenwirtschaft*, 1991, p. 426.

<sup>105</sup> Lenaerts, K., *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, *The American Journal of Comparative Law*, 1990, p. 220.

de centralização das competências da Comunidade. A segunda questão que focaremos consiste no relançamento político do processo de integração causado pela adopção do Acto Único Europeu e as consequências deste em matéria de repartição de competências.

#### *6.1. a centralização das competências comunitárias*

Por vezes encontramos referências a uma eventual derrapagem centralizadora na condução do processo de integração. Tais referências, porém, veiculam uma mensagem de conteúdo mais ideológico do que analítico no sentido em que não pretendem descrever, ou simplesmente perceber, como se processou um determinada deslocação de competências na direcção de um dos polos de poder do processo de integração, ou apenas uma deslocação de poderes em benefício de uma das entidades institucionais protagonistas desse mesmo processo. Com efeito, algumas referências à temática da centralização na Comunidade respeitam mais a uma crítica do exercício de funções por parte de certas instituições, ou às pretensões dessas entidades relativamente ao exercício de determinadas funções, do que à acumulação de atribuições pela unidade central do sistema comunitário em detrimento das suas unidades componentes. Ou seja, a temática da centralização é susceptível de ser analisada quer na sua dimensão horizontal, onde tende a reflectir sobre uma eventual concentração de poderes em benefício da instituição a quem incumbe a função executiva, quer com referência ao eixo vertical da separação de competências entre a Comunidade Europeia e os Estados. Pela nossa parte, limitaremos o tratamento da centralização apenas a esta última acepção.

Cumpre então indagar sobre o que se deva entender por centralização no âmbito da repartição material de competências normativas. É sabido que no sistema comunitário a Comunidade Europeia constitui o núcleo central de poder do processo de integração, processo este que tem nos Estados as suas unidades constituintes ou

periféricas. Para a realização de uma tal integração, as unidades constituintes alocaram ao centro um conjunto de competências de atribuição as quais serviriam de instrumento para a realização dos propósitos previamente estabelecidos. Formou-se, assim, uma determinada equação na repartição de competências entre a Comunidade e os Estados e, ainda que, algumas das competências do centro pudessem ser consideradas como competências ex novo, a maioria delas proviria da esfera de actuação material dos Estados a qual, por seu turno, em virtude do princípio da elasticidade das competências, sofreu uma correspondente diminuição do seu alcance.

Quando nos referimos à centralização de competências estamos, pois, a referir uma alteração na equação de competências inicialmente definida que traduza uma tendência de deslocação de competências das unidades constituintes para o centro. Sublinhamos que se deve tratar de um movimento de deslocação pelo facto de considerarmos que as mudanças pontuais no esquema de alocação não alcançarem, em nossa opinião, uma expressão suficiente que permita observar quer uma tendência de deslocação, como identificar a direcção na qual esta se realiza.

A situação resultante da análise que empreendemos das competências comunitárias permite-nos afirmar que, por um lado, se verificou, no período compreendido entre o início da década de setenta e a adopção do Acto Único Europeu, uma tendência contínua de deslocação de competências, no sentido em que a Comunidade conheceu nesse período um extraordinário aumento da sua esfera material de actuação normativa e, por outro lado, esse movimento de competências foi unidireccional, ou seja, que se processou sempre em benefício do centro e, por consequência, em detrimento das suas unidades constituintes. Donde, a razão por que referimos da existência de um processo de centralização de competências no sistema comunitário.

Temos, então, que as várias categorias jurídicas que tivemos oportunidade de expôr aquando da nossa referência à mutação das competências da Comunidade - enquanto elemento do processo de constitucionalização do seu ordenamento jurídico - constituem, elas próprias, elementos úteis de análise da temática da centralização de competências, na medida em que, na sua generalidade, traduzem fenómenos de deslocação de competências das unidades constituintes para o centro do sistema. Mas não esqueçamos os elementos de interpretação de que o Tribunal se valeu na hermenêutica jurídica do Tratado, mormente a interpretação extensiva das disposições atributivas de competências à Comunidade, a correspondente interpretação restritiva dos preceitos que salvaguardavam as prerrogativas de actuação dos Estados e, sobretudo, o uso do método finalista nos termos que tivemos ocasião de referir, pois, também eles se podem integrar nos elementos que favoreceram a aludida tendência de deslocação de competências em favor da Comunidade.

Se tentarmos indicar uma escala dos efeitos centralizadores provocados pelos diversos elementos que identificámos no processo de centralização, diríamos que a categoria mais inócua que encontrámos foi a da extensão. Com efeito, através da extensão, onde recordamos a título de mero exemplo o tratamento processual conferido ao Parlamento Europeu no quadro do recurso de anulação, eram conferidas competências de actuação à Comunidade que não provocavam qualquer tipo de deslocação de atribuições dos Estados. O crescimento de competências seria de considerar como auto-sustentado. De seguida, na escala dos efeitos centralizadores, deveríamos indicar os casos que referimos como de absorção em que, muito embora não se verificasse uma verdadeira e própria deslocação de novas competências em favor da Comunidade, em tais situações se impedia os Estados do uso pleno das atribuições tidas como exclusivas por motivos decorrentes da chamada ordem pública comunitária. E assim sendo, de algum modo se permitia uma incursão da actividade comunitária em novo domínio de intervenção. Um nível sucessivo em que se provoca um maior



efeito centralizador é aquele que encontramos tanto nas chamadas competências implícitas como no recurso à cláusula do artigo 235º do Tratado. Em ambas as situações verificava-se, necessariamente, o fenómeno de deslocação na medida em que se tratavam de competências que não residindo na esfera de atribuições explícitas da Comunidade, por via do recurso a estes mecanismos se permitia a sua inserção no campo de aplicação do direito comunitário.

Por fim, teríamos a preempção como a categoria que provocaria um maior impacto na escala dos efeitos centralizadores. Na verdade, através desta figura jurídica a Comunidade desapropriava por completo os Estados-membros do exercício de uma competência que até então gravitava, com maior ou menor grau de intensidade, na sua esfera jurídica. Não se tratava de uma simples deslocação de atribuições com o correspondente alargamento do domínio comunitário de intervenção. Através da preempção das competências nacionais verificava-se um dano irreversível no campo de actuação dos Estados por via da expropriação de prerrogativas normativas, com carácter potencialmente definitivo, a que estes eram submetidos. Razão pela qual ousamos considerar a preempção como a categoria cimeira do processo de centralização de competências ocorrido no sistema comunitário. Eventualmente, será a preempção a figura que melhor traduz a lógica de centralização que atravessou o mecanismo de repartição de competências entre a Comunidade e os Estados.

## 6.2. o Acto Único Europeu

Por efeito de um conjunto variado de factores, que vão desde a vontade política em ultrapassar o bloqueamento do processo de decisão da Comunidade até à emergência de indiscutíveis sinais de abandono do ciclo recessivo que havia longamente fustigado as economias dos Estados-membros, passando pela eminência da concretização de um novo alargamento comunitário e, pela designação de um novo

presidente da Comissão que teve o mérito de alterar a estratégia integracionista seguida por esta instituição, a Comunidade Europeia conhecerá em 1986 a sua primeira revisão formal do Tratado que a havia instituído, nos termos do procedimento previsto pelo referido artigo 236<sup>a</sup>, através da aprovação em conferência inter-governamental do chamado Acto Único Europeu<sup>106</sup>. Este instrumento pretendia constituir a resposta política dos vários actores partícipes do processo de integração, mormente os Estados e as instituições políticas da Comunidade, à estagnação que havia caracterizado a Comunidade nos últimos anos, visando permitir o relançamento político do mesmo processo de integração europeia através da indicação de um objectivo mobilizador dos agentes económicos directamente envolvidos no processo e, também, de todos os cidadãos residentes no seu espaço, que consistiu na realização aprazada de um grande mercado sem fronteiras internas entre os Estados-membros da Comunidade<sup>107</sup>.

#### *6.2.1. atribuição de competências à Comunidade*

Esta revisão formal do Tratado operada pelo Acto Único constituiu a oportunidade para uma primeira alteração constitucional do mecanismo de competências atribuídas à Comunidade Europeia, alargando a sua área de intervenção relativamente aos domínios inicialmente previstos pelo Tratado de Roma. Assim, os Estados atribuíram competências de actuação normativa à Comunidade nas áreas da coesão económica e social, da investigação e desenvolvimento

---

<sup>106</sup> Aprovado em Fevereiro de 1986, por este mesmo acto se procedeu à revisão dos Tratados institutivos das três Comunidades Europeias, bem como se institucionalizou a chamada Cooperação Política Europeia em matéria de política externa da Comunidade. A sua designação de Acto Único provém justamente da unicidade do instrumento jurídico adoptado.

<sup>107</sup> Sobre a importância do programa do mercado interno, e da reforma regulatória que o mesmo implicou, para o sucesso da adopção do Acto Único Europeu ver Dehousse, R., Majone, G., "The Institutional Dynamics of European Integration: From the Single Act to the Maastricht Treaty" in Martin, S., (edited by), *The Construction of Europe - Essays in Honour of Emile Noël*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994, p. 94 - 104.

tecnológico e em matéria de ambiente. Referência ainda para um aumento de atribuições na área da política social<sup>108</sup> e para a introdução de uma disposição relativa à cooperação no domínio da política monetária<sup>109</sup>. Mas detenhamo-nos um pouco sobre cada uma das novas atribuições.

A realização de um mercado sem fronteiras internas, onde fossem suprimidos os obstáculos à livre circulação de produtos e serviços no interior da Comunidade, constituía ameaça para as economias dos Estados-membros menos desenvolvidos de se verem relegadas a uma situação de agravamento da sua condição periférica. Este problema tendia a alargar-se com a concomitância da adesão dos Estados ibéricos, cujos respectivos níveis de desenvolvimento socio-económico se situavam aquém da média comunitária. Para obviar a tal situação, foi aditado um Título V ao Tratado, o qual estabelecia uma nova política sob a epígrafe de coesão económica e social. O objectivo desta política de coesão é, nos termos do seu artigo 130º-A, o de reduzir a diferença entre as diversas regiões da Comunidade e também o atraso das suas regiões menos favorecidas. Uma definição de propósitos muito próxima da que assisitiria a uma política de desenvolvimento regional comunitária<sup>110</sup>. Para a sua implementação, a Comunidade

---

<sup>108</sup> Foi aditado o artigo 118º-A que prevê a adopção de medidas comunitárias de harmonização em matéria de melhoria das condições laborais com o objectivo de protegerem a segurança e a saúde dos trabalhadores. Nos termos do nº 5 deste preceito, as normas comunitárias aprovadas não impedem que os Estados tomem unilateralmente medidas de protecção reforçada, desde que compatíveis com o regime do Tratado. Foi também aditado um artigo 118º-B relativo ao desenvolvimento de um diálogo entre os parceiros sociais a nível europeu.

<sup>109</sup> Foi criado um novo capítulo, no Título correspondente à política económica, intitulado "A Cooperação no Domínio da Política Económica e Monetária (União Económica e Monetária)", onde a sua única disposição, o artigo 102º-A, prevê apenas a convergência das políticas económica e monetária dos Estados, tendo em conta a cooperação no Sistema Monetário Europeu e a evolução do ECU, no respeito das competências existentes. O nº 2 deste artigo remete os desenvolvimentos institucionais que se registem nesta matéria para a via prevista pelo artigo 236º do Tratado. Não se introduz, pois, qualquer inovação relativamente à actuação comunitária que se verificava neste sector, fundada no artigo 235º.

<sup>110</sup> De Ruyt, J., *L'Acte Unique European - Commentaire*, Deuxième édition, Institut d'Études européennes, Bruxelles, 1989, p. 198.

contaria com a acção desenvolvida pelos chamados fundos com finalidade estrutural<sup>111</sup> e do Banco Europeu de Investimentos. Recorde-se que a política regional havia sido um dos sectores de intervenção recomendado à Comunidade pela Cimeira de 1972 e, em aplicação da qual havia sido criado um fundo comunitário de apoio. Portanto, em termos materiais, não resulta que esta nova atribuição represente qualquer tipo de inovação relativamente ao conteúdo da actuação precedente no âmbito da política regional<sup>112</sup>.

As transformações tecnológicas que as economias dos países industrializados conheciam à época da adopção do Acto Único e a necessidade sentida de apoiar a competitividade das empresas europeias face aos seus principais parceiros internacionais - questão bastante sentida pelo então presidente da Comissão - levaram à adopção de um *Título VI*, designado como investigação e desenvolvimento tecnológico, cujos objectivos consistiam no reforço das bases científicas e tecnológicas da indústria europeia e apoio ao desenvolvimento da sua competitividade internacional. Para a realização destes objectivos o Tratado previa a realização de programas comunitários de investigação, cooperação, difusão e formação que envolvessem empresas, centros de investigação e universidades dos Estados-membros. Refira-se, todavia, que este era um sector no qual se vinham já desenvolvendo diversas iniciativas comunitárias, sobretudo no quadro das tecnologias de informação, das telecomunicações e da biotecnologia<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola (artigo 40º nº 4, do Tratado), Fundo Social Europeu (artigo 123º do Tratado) e Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional o qual, como já foi dito, foi estabelecido com base no artigo 235º do Tratado, no quadro de actuação de uma política regional da Comunidade. Este último foi também institucionalizado pelo Acto Único através da sua consagração no seu artigo 130º-C.

<sup>112</sup> Moura Ramos, R.M., *Das Comunidades à União Europeia - Estudos de Direito Comunitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 169.

<sup>113</sup> De Ruyt, J., *L'Acte Unique Européen - Commentaire*, op. cit., p. 204.

Considerações de sentido oposto àquelas que justificaram a consagração da coesão económica e social conduziram à atribuição à Comunidade de competências em matéria de ambiente. Na verdade, temia-se que o programa para a realização do mercado interno, cuja aparência inicial se afigurava como sendo favorecedor de uma perspectiva fortemente desregulatória, determinasse desvantagens competitivas para as economias daqueles países, pertencentes ao grupo dos mais desenvolvidos, onde existia uma maior tradição normativa na tutela do ambiente<sup>114</sup>. Donde, a inscrição de um Título VII dedicado ao ambiente área que, à semelhança das precedentes, havia já conhecido uma ampla intervenção comunitária<sup>115</sup>. Porém, as competências conferidas em matéria de ambiente são as que apresentam maior interesse do ponto de vista da técnica jurídica de atribuição utilizada.

Com efeito, o n.º 4 do artigo 130.º-R consagra o carácter subsidiário da actuação da Comunidade ao dispôr que esta intervirá em matéria de ambiente, na medida em que os objectivos estabelecidos neste sector possam ser melhor realizados a nível comunitário do que a nível dos Estados-membros considerados isoladamente. Temos, assim, a primeira aparição do princípio da subsidiariedade no quadro da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados. Por outro lado, o n.º 5 do mesmo artigo, após referir a competência internacional da Comunidade em matéria de ambiente, prescreve no segundo parágrafo que esta não prejudica a competência dos Estados-membros para negociarem nas instâncias internacionais e para concluírem acordos neste âmbito. Assim, os Estados introduziram uma expressa reserva constitucional das suas prerrogativas internacionais no sector do ambiente, com o intuito de

---

<sup>114</sup> Dehousse, R., Majone, G., "The Institutional Dynamics of European Integration: From the Single Act to the Maastricht Treaty" op. cit., p. 101.

<sup>115</sup> A Comunidade adoptou até à adopção do Acto Único cerca de 350 medidas normativas no domínio do ambiente. Cfr. Haigh, N., "Direito Comunitário do Ambiente", em *Direito do Ambiente* (coordenação de D. Freitas do Amaral e M. Tavares de Almeida), INA, Oeiras, 1994, p. 175.

obviar a eventual declaração posterior da preempção das suas competências externas nesta matéria, situação essa que poderia decorrer da invocação do chamado *acquis communautaire* relativo à natureza exclusiva das competências da Comunidade no quadro das suas relações externas<sup>116</sup>. Realce ainda para o artigo 130ª-T, o qual consagrou o carácter mínimo<sup>117</sup> das normas de ambiente adoptadas pela Comunidade, permitindo aos Estados manterem ou aprovarem medidas de protecção reforçada cujo único limite de admissibilidade consiste na sua compatibilidade com o Tratado.

Portanto, a atribuição de competências à Comunidade no domínio do ambiente caracteriza-se por um novo tríptico de princípios no tocante à técnica de repartição: subsidiariedade das normas comunitárias; afastamento do que era considerado como necessária preempção das competências externas dos Estados; e, afirmação de uma concorrência regulatória nacional, cujo critério de aceitação se deve basear apenas na sua compatibilidade com as normas comunitárias, o que implica a recusa da ideia de ocupação comunitária do terreno normativo por via do exercício das suas atribuições no domínio do ambiente, com a consequente preempção de competências dos Estados. Repare-se, também, que das novas atribuições de competências estabelecidas pelo Acto Único, o ambiente é aquela cuja materialização depende em maior grau da sua vertente regulatória, pois que, quer a coesão económica e social quer a investigação científica e tecnológica são atribuições cuja realização depende principalmente da alocação de recursos financeiros

---

<sup>116</sup> Os Estados adoptaram uma Declaração à Acta Final na qual afirmaram que "A conferência considera que o disposto no n.º 5, segundo parágrafo, do artigo 130ª-R não afecta os princípios resultantes do acórdão do Tribunal de Justiça no caso AETR". Onde resulta a preocupação de circunscrever a solução consagrada neste artigo ao domínio específico do ambiente, sem pôr em causa os ardilosos fundamentos jurídicos das competências externas comunitárias.

<sup>117</sup> De Ruyt, J., *L'Acte Unique Europeen - Commentaire*, op. cit., p. 214.

comunitários. Donde, a importância acrescida dos termos em que foi feita a respectiva atribuição.

#### 6.2.2. o voto por maioria qualificada

As novas atribuições de competências à Comunidade resultantes do Acto Único revestiram um alcance algo limitado, na medida em que se confinaram aos domínios acabados de referir e, em relação aos quais, a Comunidade havia já realizado uma larga intervenção normativa através do recurso à cláusula do artigo 235.<sup>118</sup>

Porém, o aspecto mais importante das transformações constitucionais introduzidas no ordenamento comunitário pelo Acto Único Europeu foi a alteração realizada ao nível do modo de voto nas deliberações do Conselho<sup>119</sup>. Na verdade, já referimos que na sequência dos chamados Acordos do Luxemburgo, ocorridos na década de sessenta, a Comunidade havia consentido na prática do voto por unanimidade como modo natural de deliberação do seu processo decisório. Facto que acarretou um declínio do carácter supranacional deste mesmo processo e uma espécie de retorno à inter-governamentalidade. E, referimos também, como tinha sido esta inter-governamentalidade política que havia, de alguma forma, compensado os desenvolvimentos normativos verificados, que designámos como o fenómeno de constitucionalização da ordem jurídica comunitária.

Recorde-se, todavia, que a prática do voto por unanimidade havia contribuído para um notável bloqueamento do processo de decisão comunitário na medida em que, na prática, ela permitia a cada Estado-membro um direito de veto sobre

---

<sup>118</sup> Daniele, L., *il diritto materiale della comunità economica europea*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 173.

<sup>119</sup> Dehousse, R., "Completing the Internal Market: Institutional Constraints and Challenges", in Bieber, R., Dehousse, R., Pinder, J., Weiler, J.H.H., (Eds.), 1992: *One European Market? A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, p. 319.

todos os actos jurídicos que se visassem adoptar. Tal situação agravou-se consideravelmente com as adesões de novos membros entretanto verificadas, havendo o risco de se tornar insustentável com o alargamento que se processou contemporaneamente aos trabalhos de adopção do Acto Único. Donde, a questão da alteração do modo de voto no seio do Conselho revestir uma dimensão fundamental para o sucesso da realização do mercado interno, que implicava a aprovação de cerca de trezentas medidas legislativas que constavam do chamado Livro Branco da Comissão.

A extensão do campo de aplicação do voto por maioria qualificada<sup>120</sup> introduzida pelo Acto Único constituiu, por isso mesmo, a chave do sucesso da sua própria realização porque permitiu o cumprimento pleno do ambicioso programa legislativo em que este fundava o objectivo do mercado interno e o relançamento da dinâmica política de integração europeia que de há muito parecia ofuscada.

---

<sup>120</sup> Para além da introdução de um novo artigo 100º-A como base do esforço geral de harmonização da Comunidade, o voto por maioria qualificada foi alargado às disposições adoptadas com base nos artigos 28º, 57º nº 2, 59º, 70º nº1, 84º nº2 e 99º do Tratado. O voto por maioria qualificada foi seguido ainda para muitas das novas disposições introduzidas no Tratado pelo Acto Único como o artigo 8º-A, 8º-B, 100º-B, 118º-A, 130º-E, 130º-Q e 130º-S.



## 7. Dinâmica de integração e ruptura do equilíbrio fundacional

A dinâmica gerada pela adopção do Acto Único, e o efeito mobilizador que este conseguiu juntos dos diversos actores do processo de integração e, também, da opinião pública, convenceu a Comissão da justeza da estratégia de condução desse processo por uma política de pequenos passos, bem como da necessidade de aproveitar o clima de expectativas favoráveis que então se vivia, em virtude da anunciada supressão das fronteiras internas da Comunidade. Assim, a Comissão iniciou uma operação de sensibilização dos Estados-membros para o imperativo da realização da união económica e monetária<sup>121</sup>, apresentando este objectivo como corolário das suas escolhas precedentes, ou seja, para obviar aos inconvenientes resultantes da completa liberalização do espaço financeiro europeu e, nomeadamente, a realização plena da livre circulação de capitais, bem como a eliminação dos obstáculos ao direito de estabelecimento e à livre prestação de serviços das instituições financeiras. No entender da Comissão, o funcionamento do mercado interno implicava a existência de estabilidade cambial, objectivo só alcançável através da união económica e monetária. Assim, a meta do mercado interno definida pelo Acto Único havia feito despoletar a dinâmica de integração, o *spillover* comunitário, abrindo a espiral deste processo ao novo objectivo da moeda única, o qual se apresentava como a sequência lógica daquela estratégia neo-funcionalista de condução do processo de integração<sup>122</sup>.

O processo que precedeu a convocação da conferência inter-governamental para a realização de uma união económica e

---

<sup>121</sup> Dehousse, R., Majone, G., "The Institutional Dynamics of European Integration: From the Single Act to the Maastricht Treaty" op. cit., p. 105.

<sup>122</sup> Goucha Soares, A., Pureza, J.M., *Instituições Públicas e Comunitárias*, ISEGI, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 1993, p. 79.

monetária<sup>123</sup> foi atravessado, em termos temporais, pelos acontecimentos políticos ocorridos nos chamados países do leste europeu, nos quais se verificou a queda quase concomitante de todos os regimes autoritários que os governavam. A emergência desta nova situação política no continente europeu e a eminência da unificação dos dois Estados alemães então existentes, colocaram a Comunidade Europeia perante a necessidade de fornecer uma clara resposta política que pudesse não apenas apoiar a transição para a democracia e para uma economia de mercado dos países de leste, mas, sobretudo, que lhe permitisse enquadrar o problema da reunificação alemã. Uma tal resposta política passava pela realização de um salto qualitativo no processo comunitário de integração que lhe permitisse superar a natureza estritamente económica das suas atribuições. A par da definição de uma união económica e monetária com o objectivo do estabelecimento da moeda única surgia, deste modo, o problema da realização de uma união política europeia dotada de competências em matéria de política externa. Nesse sentido, os chefes de Estado e de Governo decidiram pela convocação simultânea de duas conferências inter-governamentais que se ocupassem dos novos desafios que se colocavam à Comunidade<sup>124</sup>.

A realização das conferências inter-governamentais que deverão debater sobre as novas competências a atribuir à Comunidade decorrerá num clima onde o optimismo inicial - suscitado pelo interesse pela união económica e monetária e

---

<sup>123</sup> Os principais episódios desse processo foram o pedido que o Conselho Europeu de Hannover, de Junho de 1988, formulou à Comissão para que elaborasse um estudo sobre a realização da união económica e monetária, estudo este que a Comissão empreendeu através de um grupo de trabalho, dirigido pelo Presidente Delors e no qual participavam os governadores dos bancos centrais dos Estados-membros, bem como a apresentação do relatório final deste grupo de trabalho - o chamado relatório Delors - ao Conselho Europeu de Madrid, de Junho de 1989, onde foi objecto de aprovação.

<sup>124</sup> Decisão do Conselho Europeu de Dublin, realizado em Junho de 1990, onde os Chefes de Estado e de Governo dos doze Estados-membros da Comunidade Europeia decidiram convocar, nos termos do disposto pelo artigo 236º do Tratado, duas conferências inter-governamentais para o estabelecimento, respectivamente, de uma União Económica e Monetária e de uma União Política Europeia. A abertura destas conferências teve lugar em Roma, em Dezembro desse mesmo ano.

o entusiasmo pelas transformações político-económicas em curso nos países do leste europeu - se havia entretanto esvanecido. A entrada num ciclo económico recessivo, por seu turno, fez arrefecer as expectativas quanto ao desfecho destas mesmas conferências.

A esta conjuntura pouco favorável, que enquadrou o decurso dos trabalhos de revisão do Tratado, deverá adicionar-se uma outra que tem que ver com as inovações institucionais decorrentes do Acto Único. Referimo-nos à questão do alargamento do voto por maioria qualificada. Na verdade, e não obstante o enorme sucesso decisório que uma tal inovação veio permitir, os Estados-membros começaram a metabolizar a importância de terem perdido o controlo do processo político da Comunidade materializado no direito de veto que lhes assistia no quadro do processo de decisão. Esta sensação saiu reforçada pelo facto do voto maioritário não se estender apenas às medidas relativas à realização do mercado interno, como abranger também algumas das novas competências que o Acto Único havia atribuído à Comunidade, aspectos estes onde a intervenção normativa comunitária se fazia precedentemente nos termos do artigo 235º, ou seja, em termos consensuais. Assim, a dinâmica comunitária fundada numa simplificação do mecanismo decisório da Comunidade implicou, como contrapartida, a perda de controlo do processo político por parte dos Estados.

Como tivémos ocasião de referir, foi o sentimento de controlo dos acontecimentos por parte dos Estados que permitiu os desenvolvimentos de tipo constitucional conhecidos pelo ordenamento jurídico comunitário. A ruptura do equilíbrio fundacional<sup>125</sup> vigente no seio da Comunidade - intergovernamentalidade política versus supranacionalidade normativa - em que assentava esse mesmo controlo, causada de modo predominante pelo incremento do voto maioritário, veio despertar a atenção dos Estados por aspectos até aí

---

<sup>125</sup> Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, The Yale Law Journal, 1991, p. 2464 e segs.

trascurados e que relevavam da dimensão normativa do sistema comunitário. Entre esses aspectos, um lugar de destaque é ocupado pelo problema da repartição material de competências entre a Comunidade e os Estados. Se estes últimos já não detinham o controlo absoluto sobre as manifestações normativas da vontade política da Comunidade, avisado seria que encontrassem os mecanismos que lhes permitissem pôr cobro ao desgaste a que as competências nacionais se encontravam expostas em virtude da referida erosão da ideia inicial das competências de atribuição da Comunidade. A salvaguarda da sua posição no quadro do processo comunitário passaria, então, pela afirmação constitucional de expedientes jurídicos adequados à defesa das prerrogativas dos Estados contra o continuado processo de centralização das competências comunitárias. Situação esta que se apresentava como um verdadeiro imperativo face à perda da *insurance policy*<sup>126</sup> que o voto por unanimidade representava para a tutela dos respectivos interesses nacionais.

É neste contexto de profunda inquietação sentida pelos Estados pela sorte das suas prerrogativas face a um avanço aparentemente irresistível das competências da Comunidade, que devemos enquadrar as inovações introduzidas pelo Tratado da União Europeia, ao nível do enunciado de princípios fundamentais, em matéria de repartição vertical de competências. Desde logo, a confirmação que o novo Tratado faz da ideia de competências de atribuição. Com efeito, o novo artigo 3º-B refere no seu primeiro parágrafo que "A Comunidade actuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objectivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado". É a consagração explícita no texto do Tratado do princípio das competências de atribuição da Comunidade Europeia, trinta e cinco anos decorridos desde o

---

<sup>126</sup> Expressão utilizada por Weiler a propósito da crise de legitimidade social que atravessa a Comunidade em virtude do abandono da prática do voto por unanimidade e da importância desta modalidade de voto para uma aceitação sem reservas do processo de decisão comunitário pelos cidadãos dos diferentes Estados-membros, cfr. Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, op. cit., p. 2473.

início da sua actividade. Muito embora, como referimos, as competências de atribuição tenham sido sempre consideradas como pressuposto óbvio das competências conferidas pelos Estados à Comunidade, o seu registo em sede de princípios fundamentais constitui uma eloquente demonstração do grau de erosão a que este mesmo princípio havia sido exposto no decurso do processo comunitário.

### *7.1. o princípio da subsidiariedade*

Porém, foi através da consagração do princípio da subsidiariedade no segundo parágrafo daquele mesmo preceito do Tratado que os Estados-membros entenderam dotar o ordenamento comunitário do instrumento jurídico-constitucional que lhes permitisse alterar a lógica de crescimento e de centralização das atribuições da Comunidade, a qual, como se viu, tendia a desfavorecer a sua posição relativa em matéria de repartição de competências<sup>127</sup>.

#### *7.1.1. origens*

O princípio da subsidiariedade não é uma originalidade do sistema jurídico comunitário<sup>128</sup>. A sua fonte de inspiração próxima reside na sua invocação como base de relacionamento entre os vários elementos do corpo social na doutrina

---

<sup>127</sup> Registe-se, ainda, que o último parágrafo do novo artigo 3º-B consagra o princípio da proporcionalidade na actuação da Comunidade, estipulando que a acção desta não deve exceder o necessário para atingir os objectivos do Tratado. Este princípio há muito que havia sido afirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça como um dos princípios gerais de direito aplicáveis no âmbito do ordenamento comunitário. Sobre este assunto, ver Schwarze, J., *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 1992, p. 708 - 866.

<sup>128</sup> Sobre as fontes próximas de inspiração do princípio da subsidiariedade ver Emiliou, N., *Subsidiarity: An Effective Barrier Against "the Entreprises of Ambition"?*, *European Law Review*, 1992, p. 384 e segs.

formulada pela Igreja Católica<sup>129</sup>. Indivíduo, família, associações privadas e autoridades públicas haveriam de encontrar novas formas de organização social fundadas no princípio da subsidiariedade, de modo a permitir que as várias tarefas que caracterizam a actividade social pudessem beneficiar de um desempenho preferente pelos círculos básicos do seu tecido, como o indivíduo e a família, e deixando apenas para os seus extractos superiores aquelas missões que não pudessem ser executadas de forma mais eficiente por aqueles níveis inferiores.

Esta perspectiva socio-filosófica do princípio da subsidiariedade como regulador das relações entre indivíduo, grupo e sociedade, haveria de ser alargada para o domínio político-constitucional na sequência das novas formas de organização socio-políticas experimentadas por algumas constituições nacionais elaboradas no período de reconstrução que se seguiu ao final da segunda guerra mundial<sup>130</sup>. Assim, a subsidiariedade é uma ideia que percorre, por exemplo, o espírito da divisão de competências estabelecido na República Federal Alemã entre o governo central e os *Länder*, muito embora a Constituição nacional, a *Grundgesetz*, não contenha menção explícita deste princípio, mas tão só afloramentos do seu conteúdo, na definição da repartição vertical de competências entre as duas unidades maiores do sistema federal<sup>131</sup>.

Nos sistemas políticos modernos, a separação de poderes é entendida como a máxima garantia para a preservação do Estado de Direito e do respeito pelo princípio da legalidade. De entre os Estados que possuem uma alocação estratificada de competências, cuja expressão maior é justamente o modelo federal, a divisão vertical de níveis

---

<sup>129</sup> Encíclica do Papa Pio XI, *Quadragesimo Anno*, de 1931.

<sup>130</sup> Sobre o caso italiano ver Amato, G., Bruno, F., *La Forma di Governo Italiana. Dalle Idee dei Partiti all'Assemblea Costituente*, Quaderni Costituzionali, 1981, p. 36.

<sup>131</sup> Cfr. Schwarze, J., *The Distribution of Legislative Powers and the Principle of Subsidiarity: the Case of Federal States*, op. cit., p. 721 - 726, o qual refere os artigos 30º e 72º nº 2 da *Grundgesetz* como expressão desta mesma ideia.

de actuação do poder é considerada como uma garantia adicional da limitação da intervenção das autoridades públicas à esfera das suas atribuições e a forma de melhor tutelar o objectivo último da separação de poderes - a liberdade dos cidadãos. Por isso mesmo, a subsidiariedade pode revelar-se um instrumento útil para a delimitação de competências nos sistemas jurídicos federais ou, de todo o modo, nos ordenamentos jurídico-constitucionais que conheçam uma repartição vertical de competências de tipo federal, como é o caso da Comunidade Europeia.<sup>132</sup>

No sistema comunitário, a gestação da ideia de subsidiariedade é praticamente contemporânea do início do fenómeno da centralização de competências<sup>133</sup>. Na verdade, encontramos as primeiras referências a este princípio desde meados da década de setenta. Todavia, a sua definitiva introdução no debate comunitário sobre o problema da repartição de competências ocorreu por ocasião da apresentação pelo Parlamento Europeu, em 1984, do Projecto de Tratado que instituíu a União Europeia<sup>134</sup>, no qual a subsidiariedade era elevada a critério definidor da intervenção da União nas áreas consideradas como sendo de competência concorrente com os Estados-membros<sup>135</sup>. Pouco tempo decorrido sobre este evento, assistimos à inscrição do conteúdo da subsidiariedade no texto do Acto Único, nos termos que tivemos oportunidade de referir a propósito da atribuição de competências à Comunidade em matéria de ambiente. O princípio da subsidiariedade tornava-se num

---

<sup>132</sup> Cass, D., Z., *The Word That Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community*, *Common Market Law Review*, 1992, p. 1109.

<sup>133</sup> Sobre a história do princípio da subsidiariedade no direito comunitário ver Cass, D., Z., *The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community*, op. cit. p. 1112 e segs.; e também Emiliou, N., *Subsidiarity: An Effective Barrier Against "the Entreprises of Ambition"?*, op. cit., p. 391 e segs.

<sup>134</sup> Sobre este assunto ver Constantinesco, V., "La Répartition des Compétences entre l'Union et les États membres dans le projet de traité instituant l'Union européenne", em Bieber, R., Jacqué, J.-P., Weiler, J.H.H., *L'Europe de Demain. Une Union sans cesse plus étroite. Analyse critique du projet de traité instituant l'Union européenne*, Commission des Communautés européennes, Bruxelles, 1985, p. 43 e segs.

<sup>135</sup> Cfr. o segundo parágrafo do artigo 12º do Projecto de Tratado.

elemento fulcral da discussão sobre as competências comunitárias, pelo que não será de estranhar a sua consagração em sede de princípios fundamentais do direito comunitário, aquando da aprovação do Tratado de Maastricht.

#### *7.1.2. alcance da sua consagração*

O segundo parágrafo do artigo 3º-B, introduzido pelo Tratado da União Europeia<sup>136</sup>, dispõe que "Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário". Mau grado a infelicidade expressiva que caracteriza a redacção deste preceito pensamos que se podem extrair as ilacções seguintes quanto ao respectivo alcance normativo.

A primeira ilacção que se retira da formulação do princípio da subsidiariedade é a de que o seu alcance se confina às chamadas áreas de competência concorrente da Comunidade. Quando abordámos a natureza das competências comunitárias referimos a dicotomia existente entre competências exclusivas e competências concorrentes ou partilhadas. Referimos, porém, que uma tal dicotomia não encontrava qualquer suporte constitucional explícito no texto do Tratado, sendo fruto do trabalho de interpretação deste mesmo acto proferido pelo Tribunal de Justiça. Através deste novo preceito, os autores do Tratado não só sancionam a classificação que a jurisprudência do Tribunal introduziu

---

<sup>136</sup> Para além da sua consagração no articulado do Tratado CE, o princípio da subsidiariedade é objecto de menção explícita no Preâmbulo do Tratado da União Europeia, onde é relacionado com o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa e, é referido por duas vezes (artigo A, segundo parágrafo e artigo B, último parágrafo) no Título I do Tratado da União, relativo às suas disposições comuns.



quanto à natureza das competências comunitárias, como também recebem o chamado *acquis communautaire* nesta matéria<sup>137</sup>, ao aceitar a existência de domínios de competência exclusiva da Comunidade os quais, como referimos, se limitam à política comercial comum e à conservação dos recursos biológicos marítimos, cuja respectiva intervenção normativa escapa a um qualquer juízo de subsidiariedade.

Em todos os demais domínios de actuação da Comunidade, ou seja nas suas áreas de competência concorrente ou partilhada com os Estados-membros, que constituem a regra geral no tocante às suas atribuições normativas, a intervenção comunitária faz-se segundo o princípio da subsidiariedade, nos termos em que este resulta inscrito no dispositivo do Tratado. Assim, competirá ao princípio da subsidiariedade presidir à repartição constitucional de competências entre a Comunidade e os Estados-membros. A sua consagração na Parte I do Tratado, que se ocupa dos Princípios da Comunidade, revela a intenção dos Estados de suprir a situação até então vigente no direito comunitário que, como referimos, se caracterizava pela inexistência de um verdadeiro critério director da repartição material de competências na Comunidade. É neste sentido que podemos considerar, como afirma Lenaerts, que à subsidiariedade incumbe um estatuto de princípio supra-constitucional<sup>138</sup>.

Resulta também deste novo preceito do Tratado que os seus autores entenderam consagrar uma formulação negativa do seu conteúdo. Na verdade, a ideia de subsidiariedade era susceptível, em princípio, quer de uma formulação positiva, que permitisse fundar a actuação da Comunidade nos casos em que uma tal intervenção se afigurasse necessária para a realização dos seus objectivos, quer de uma formulação negativa que visasse estabelecer um mecanismo de protecção

---

<sup>137</sup> Emiliou, N., *Subsidiarity: An Effective Barrier Against "the Entreprises of Ambition"?*, op. cit., p. 401.

<sup>138</sup> Lenaerts, K., Ypersele, P. v., *Le Principe de Subsidiarité et son Contexte: Étude de l'Article 3-B du Traité CE*, Cahiers de Droit Européen, 1994, p. 10.

das competências dos Estados-membros. Dos termos do artigo 3º-B infere-se que o Tratado reteve apenas a subsidiariedade como critério regulador do modo de utilização das competências detidas pela Comunidade, não sendo permitido invocá-la com o intuito de lhe conferir qualquer outra atribuição adicional<sup>139</sup>. Os motivos de uma formulação de sentido estrito decorrem claramente de quanto afirmámos sobre o contexto político que conduziu à adopção deste princípio no âmbito da ordem jurídica comunitária.

A actuação das competências concorrentes da Comunidade estará, deste modo, dependente da realização de um juízo prévio de subsidiariedade, o qual se encontra materializado nas condições definidas no dispositivo do segundo parágrafo do artigo 3º-B. Assim, caberá às instituições comunitárias avaliar, em primeiro lugar, se os objectivos visados por uma eventual intervenção da Comunidade não seriam alcançáveis através de uma simples actuação dos Estados no plano nacional. Em segundo lugar, cabe às instituições comunitárias proceder à realização de uma análise comparativa de custos e benefícios entre a presumível intervenção dos Estados e a da Comunidade, permitindo-se apenas a actuação desta última nos casos em que se conclua pela existência de um efectivo valor acrescentado decorrente da acção comunitária<sup>140</sup>.

Por fim, compete fazer uma breve referência quanto ao problema da aplicação judicial da subsidiariedade. Em virtude da sua inserção no corpo dos artigos do Tratado, o princípio da subsidiariedade encontra-se sujeito a um normal controlo judicial do respeito pela sua implementação. Assim, a sua violação na elaboração dos actos comunitários, dará lugar à interposição de um recurso de anulação, nos termos do procedimento previsto no artigo 173º do Tratado. Por outro lado, o seu carácter vinculativo

---

<sup>139</sup> Dehousse, R., "Community Competences: Are there Limits to Growth?", em Dehousse, R., (edited by) *Europe After Maastricht - An Ever Closer Union?*, Law Books in Europe, München, 1994, p. 110.

<sup>140</sup> Dehousse, R., "Community Competences: Are there Limits to Growth?", op. cit., p. 111.

impõe ainda que ele possa ser invocado pelos particulares, no âmbito de um processo que decorra junto de um órgão jurisdicional nacional e, por esta via, suscitar um reenvio prejudicial, nos termos do artigo 177º, destinado a obter do Tribunal de Justiça um juízo sobre a conformidade de um determinado acto comunitário com o princípio da subsidiariedade. Questão esta que se afigura como sendo totalmente independente do problema da sua produção de efeito directo<sup>141</sup>. No desenvolvimento do controlo de legalidade das normas comunitárias perante o princípio da subsidiariedade, a obrigação de fundamentação dos actos jurídicos prescrita pelo artigo 190º do Tratado constituirá um elemento essencial para a respectiva apreciação judicial<sup>142</sup>.

#### 7.2. subsidiariedade versus centralização de competências

De quanto dissémos sobre a formulação do princípio da subsidiariedade pelo Tratado da União Europeia resulta que através da sua introdução se visou estabelecer uma espécie de presunção favorável à utilização das competências nacionais<sup>143</sup>. Esta presunção em favor das competências nacionais tem como um dos seus objectivos principais travar o fenómeno de erosão das competências de atribuição o qual, como vimos, se realizava à custa das competências dos Estados e provocando, deste modo, um fluxo centralizador no interior do sistema de repartição vertical de competências.

A presunção em favor das competências nacionais, definida pelo segundo parágrafo do artigo 3º-B do Tratado, visa, em primeiro lugar, a actividade normativa desenvolvida pela Comunidade Europeia. Na verdade, o texto desta disposição parece dirigir-se de modo principal às entidades a quem

---

<sup>141</sup> Ver a este propósito a excelente argumentação apresentada por Lenaerts, em *Le Principe de Subsidiarité et son Contexte: Étude de l'Article 3-B du Traité CE*, op. cit. p. 74.

<sup>142</sup> *Idem*, p. 75 a 80.

<sup>143</sup> Toth, A.G., *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, *Common Market Law Review*, 1992, p. 1100.

incumbe o processo legislativo comunitário, na tramitação das suas várias fases, desde o momento de negociação que antecede a apresentação formal de uma proposta até à decisão sobre o seu conteúdo final. Especial destaque neste âmbito merece o recurso que se entenda fazer do artigo 235º do Tratado<sup>144</sup>. Com efeito, tendo sido através da actividade normativa da Comunidade, fundada na utilização desta cláusula, que se manifestou o elemento que maior desgaste infligiu ao princípio das competências de atribuição da Comunidade, afigura-se que, doravante, o recurso ao artigo 235º imponha particular atenção no preenchimento e fundamentação das condições estipuladas no corpo do segundo parágrafo do artigo 3º-B, que determinam a subsidiariedade do uso das competências explícitas da Comunidade e, *fortiori*, exigem um cuidado redobrado para o exercício de novas competências que não tenham sido objecto de atribuição pelo Tratado<sup>145</sup>.

Porém, a subsidiariedade enquanto princípio fundamental do ordenamento jurídico comunitário é também um elemento basilar para o trabalho de interpretação e aplicação do Tratado que, nos termos do seu artigo 164º, incumbe ao Tribunal de Justiça. Sempre que este órgão jurisdicional fôr instado a pronunciar-se sobre questões atinentes à repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros - independentemente do tipo de recurso onde estas questões sejam suscitadas e do carácter principal ou acessório que as mesmas revistam no âmbito do respectivo processo judicial - o Tribunal deve resolver os eventuais diferendos sobre o alcance das competências da Comunidade tendo em conta as consequências que decorrem para o direito comunitário da introdução do princípio da subsidiariedade.

Como vimos, a jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça foi um elemento que desempenhou papel importante no processo que designámos como de centralização das

---

<sup>144</sup> Cass, D., Z., *The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community*, op. cit., p. 1131.

<sup>145</sup> Cfr. supra, ponto nº 4.2.2.

competências da Comunidade Europeia. Ora, quer os motivos que presidiram à introdução do princípio da subsidiariedade no ordenamento comunitário, quer os termos precisos em que este foi consagrado no articulado do Tratado, demonstram a vontade dos seus autores em contrariar o referido fenómeno da deslocação de competências em favor da Comunidade. Donde se pode inferir que a aplicação do princípio da subsidiariedade implica uma inversão da lógica de raciocínio subjacente às decisões do Tribunal de Justiça sobre as situações que, de algum modo, relevem da repartição vertical de competências. Nomeadamente, afigura-se-nos que a subsidiariedade seja uma figura antinómica do chamado critério dinâmico de interpretação<sup>146</sup>, o qual, como vimos, constituía um aspecto de fundamental importância na valoração que o Tribunal realizava sobre as atribuições da Comunidade.

Assim, a introdução da subsidiariedade no quadro dos princípios fundamentais do direito comunitário obriga a uma séria reflexão sobre o uso de determinado tipo de elementos e métodos de interpretação na hermenêutica das disposições do Tratado. Com efeito, quer o recurso sistemático a interpretação extensiva das disposições atributivas de competências à Comunidade, quer a interpretação restritiva das normas que visavam estabelecer uma reserva das prerrogativas dos Estados, deverão ser reequacionados à luz do novo princípio director de competências, sobretudo tendo em conta o facto de este último haver introduzido uma presunção de validade em favor do exercício normativo das competências dos Estados. Do mesmo modo, o recurso ao chamado método finalista de interpretação deverá ser submetido a uma utilização mais moderada, sobretudo em face de situações onde se possa verificar uma possível interferência na esfera de actuação normativa dos Estados. Na verdade, a orientação subjacente a certa jurisprudência do Tribunal fundada nos argumentos teleológico e consequencialista de interpretação - como por exemplo as

---

<sup>146</sup> Cfr. *supra*, ponto n.º 5.2.

decisões onde se permitia que a Comunidade interviesse em domínios que permaneciam na esfera exclusiva de actuação dos Estados ou, aqueles casos em que se afirmava que os Estados haviam sido precludidos de adoptar medidas normativas em áreas que resultavam da competência concorrente dos dois ordenamentos jurídicos - dificilmente encontrará apoio na aplicação do princípio da subsidiariedade das competências comunitárias<sup>147</sup>.

Pelo que nos parece lícita a inferência de que a subsidiariedade pretende não só constituir uma espécie de antídoto jurídico ao fenómeno da centralização de competências, como, também, que ela veio estabelecer a possibilidade de definir um novo quadro de resolução dos conflitos de competências entre a Comunidade e os Estados, que não se limite a uma aplicação rígida dos efeitos decorrentes do primado absoluto do direito comunitário sobre as ordens jurídicas nacionais. Retomaremos este assunto aquando da abordagem do problema das relações entre a figura da preempção e aquela da subsidiariedade.

### *7.3. atribuição de novas competências pelo Tratado da União*

O Tratado que instituiu a União Europeia introduziu significativas alterações em matéria dos objectivos e competências fixados ao sistema comunitário, para além dos princípios gerais decorrentes do novo artigo 3º-B. Desde logo, procedeu a uma reactualização do enunciado de objectivos que presidem à actuação da Comunidade, constantes do artigo 2º do Tratado, bem como dos meios que o artigo 3º prevê para a realização de tais finalidades

---

<sup>147</sup> Cfr. Renaud Dehousse o qual considera que subsidiariedade e interpretação teleológica se inspiram em considerações diametralmente opostas e dificilmente conciliáveis. Ver "Community Competences: Are there Limits to Growth?" op. cit. p. 117.

tendo, ainda, acrescentado um novo artigo 3º-A dedicado ao estabelecimento da moeda única.

No tocante às novas atribuições, e com exclusão feita dos segundo e terceiro pilares do Tratado da União que instituem, respectivamente, uma Política Externa e de Segurança Comum e a designada Cooperação nos Domínios da Justiça dos Assuntos Internos - os quais não apenas se situam fora do âmbito de aplicação do Tratado que estabelece a Comunidade Europeia, como não seguem o chamado método comunitário, nomeadamente, no referente ao processo de decisão e na aceitação da jurisdição do Tribunal de Justiça, motivos pelo quais nos desinteressamos da sua análise - as novas competências conferidas à Comunidade na sequência do acordo estabelecido em Maastricht respeitam, fundamentalmente, aos seguintes três núcleos principais: a cidadania; a união económica e monetária; e um conjunto de novas atribuições sectoriais, à semelhança do que se havia verificado aquando da adopção do Acto Único.

A instituição da cidadania da União representa a superação da esfera predominantemente economicista que havia caracterizado a intervenção da Comunidade desde a sua génese, em benefício de um alargamento do horizonte cultural, cívico e político da nova realidade de integração saída do Tratado de Maastricht. À cidadania, que se aplica a qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro, muito embora se trate de um estatuto jurídico de sobreposição e não de substituição ao existente no plano nacional<sup>148</sup>, foi consagrada uma Parte II na nova sistemática do Tratado de Roma. O conteúdo dos direitos e deveres conferidos a título de cidadania da União respeitam, em primeiro lugar, à constitucionalização do direito de residência, matéria que em boa parte havia sido objecto de uma jurisprudência inovadora do Tribunal de Justiça que

---

<sup>148</sup> Cfr., Duarte, M.L., *A Cidadania da União e a Responsabilidade dos Estados por Violação do Direito Comunitário*, Lex - Edições Jurídicas, Lisboa, 1994, p. 33, e Moura Ramos, R.M., *Das Comunidades à União Europeia - Estudos de Direito Comunitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p. 357.

teve o condão de ultrapassar a concepção restritiva das normas comunitárias em matéria de livre circulação e de permanência dos cidadãos no território dos Estados-membros. Um outro direito previsto no quadro da cidadania da União é o da capacidade eleitoral, activa e passiva, dos cidadãos comunitários residentes num Estado-membro diferente do da sua nacionalidade, tanto nas eleições municipais como nas relativas ao Parlamento Europeu. Prevê-se, também, que os cidadãos da União beneficiem da protecção diplomática e consular de qualquer Estado da União sempre que o Estado da sua nacionalidade não se encontre representado no território de um país terceiro, bem como se consagra, ainda, o direito de petição ao Parlamento Europeu e o acesso ao Provedor de Justiça para todos os cidadãos da União.

A realização de uma união económica e monetária foi de entre os novos objectivos estipulados pelo Tratado de Maastricht aquele que implicou a transferência mais profunda e delicada de competências dos Estados-membros para a Comunidade<sup>149</sup>. A união económica e monetária obedece, no esquema do Tratado, à ideia de uma realização progressiva que se desenrolará ao longo das três fases estipuladas no seu articulado. Refira-se, porém, que existe uma assimetria entre a política económica e a política monetária no respeitante ao alcance das atribuições conferidas à Comunidade para a realização deste novo objectivo<sup>150</sup>. Assim, enquanto que em termos de política económica a Comunidade detém apenas competências de simples coordenação das políticas nacionais, nomeadamente, através de um exercício de supervisão multilateral com vista a atingir o imperativo fixado da convergência dos indicadores representativos da chamada economia nominal<sup>151</sup>, no plano da

---

<sup>149</sup> Pitta e Cunha, P., *Integração Europeia - Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 1993, p. 401.

<sup>150</sup> Louis, J.-V., *L'Union Économique et Monétaire*, Cahiers de Droit Européen, 1992, p. 254.

<sup>151</sup> Cfr. artigo 109º-J que define quatro critérios de convergência nominal das economias nacionais que os Estados deverão observar para a passagem à terceira fase da união económica e monetária: taxa de



política monetária prevê-se uma atribuição de competências à Comunidade que reveste natureza exclusiva, ainda que sujeita ao princípio da sua realização progressiva, a qual culminará com a fixação irrevogável das taxas de câmbio das unidades monetárias nacionais e a adopção de uma moeda única.

Vejamos, por fim, o terceiro núcleo de novas competências conferidas à Comunidade pelo Tratado de Maastricht. Sintomaticamente, o mais saliente denominador comum a este conjunto de oito atribuições é a preocupação revelada pelos Estados em fixarem mecanismos que os defendam contra os riscos de uma derrapagem centralizadora na utilização destas competências. Na verdade, a técnica de atribuição a que recorreram os autores desta segunda revisão formal do Tratado que instituiu a Comunidade deixa transparecer a necessidade sentida pelos Estados de blindarem a sua própria esfera de actuação normativa no confronto das novas frentes sectoriais de intervenção comunitária. A impressão global é a de que os Estados mais do que procederem à atribuição de verdadeiras e próprias competências à Comunidade, pensaram em definir malhas protectoras da sua soberania normativa sobre matérias nas quais consentem à Comunidade, por um lado, praticar uma actividade de tipo cooperativo em virtude da sua estreita conexão com o vasto leque dos seus objectivos mas, por outro lado, restringem fortemente a eventualidade de uma intervenção comunitária de conteúdo vinculativo. Trata-se, portanto, de definir uma nova barreira à erosão das competências de atribuição para o caso de o princípio geral da subsidiariedade não se afigurar como suficiente para travar o avanço da dinâmica de centralização.

Assim, no que respeita à educação (artigo 126º), à política de formação profissional (artigo 127º), à cultura (artigo

---

inflação; finanças públicas sustentáveis em termos da relação da dívida pública e do défice orçamental com o respectivo produto interno bruto; margens de flutuação monetária no mecanismo do sistema monetário europeu; níveis das taxas de juro.

128ª) e à saúde pública (artigo 129ª), o Tratado especifica, a propósito de cada uma destas matérias, que a intervenção da Comunidade se fará através de acções de incentivo ou, no caso da saúde pública, pela adopção de medidas que contribuam para a realização dos objectivos definidos, mas sempre com explícita exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros. Esta manifestação de verdadeira fobia anti-harmonização no texto do Tratado parece indiciadora, por um lado, do grau de insegurança que os Estados-membros sentem em relação ao processo de decisão da Comunidade e, por outro lado, do descontentamento que provam em relação à atitude do intérprete, o qual tendia a favorecer um entendimento das medidas normativas comunitárias adoptadas no quadro do processo de harmonização como causadoras de potencial ocupação do terreno normativo e, em consequência, determinando a preempção das respectivas competências nacionais. Se assim não acontecesse, não se entenderia a preocupação dos Estados em estabelecer estas cláusulas suplementares de segurança.

Do igual modo, na atribuição que se faz de competências em matéria de defesa dos consumidores - domínio que havia já sido objecto de uma ampla intervenção da Comunidade com base no artigo 235ª - estabelece-se o carácter mínimo que revestirão as normas comunitárias (artigo 129ª-A nª 3), em termos idênticos aos que o Acto Único havia definido em matéria de ambiente. Relativamente à nova área da criação e desenvolvimento das redes transeuropeias nos sectores das infra-estruturas de transportes, telecomunicações e energia, o segundo parágrafo do artigo 129ª-D impõe que as orientações e projectos de interesse comum que digam respeito ao território de um Estado-membro requerem a aprovação desse mesmo Estado, exigência que nos parece algo redundante, na medida em que os Estados mantêm integralmente o exercício da sua autoridade pública sobre qualquer tipo de intervenções que ocorram no seu território. Por fim, em matéria de cooperação no desenvolvimento, área que depois da indústria (artigo 130ª)

encerra o leque das novas competências conferidas à Comunidade, o último parágrafo do artigo 130º-Y reproduz uma formulação contida pelo Acto Único em matéria de ambiente, salvaguardando expressamente a capacidade dos Estados para celebrarem acordos internacionais neste sector.

## 8. O retorno às competências de atribuição

De tudo quanto se afirmou a propósito das alterações introduzidas pelo Tratado de Maastricht atinentes à repartição de competências, quer em sede de princípios fundamentais do ordenamento jurídico, quer ao nível das disposições que conferem novas atribuições específicas à Comunidade, podemos concluir que o quadro comunitário complexo nesta matéria resulta profundamente modificado. Na verdade, e admitindo que possa existir um elemento de coerência no tratamento da delimitação vertical de competências no sistema comunitário realizado nesta segunda revisão formal do Tratado que instituiu a Comunidade, esse elemento residirá na inequívoca mudança de atitude protagonizada pelos Estados-membros na abordagem da questão do desenvolvimento das competências comunitárias.

Mais do que do que uma mudança da atitude dos Estados sobre o fenómeno do desenvolvimento das competências tratou-se, com efeito, de uma recentragem da atenção dos Estados na importância do problema da repartição de competências. De facto, os governos dos Estados-membros da Comunidade Europeia, para além do maior ou menor grau de envolvimento que manifestem em relação à natureza profunda e ao alcance do processo de integração, não perderam nunca de vista a necessidade de manterem a sua posição de líderes desse mesmo processo, o mesmo é dizer, de *Masters of the Treaty*. Como vimos, até ao Acto Único Europeu esta posição de *Masters of the Treaty* dos Estados-membros era perfeitamente assegurada através do controlo absoluto que estes exerciam sobre o processo de decisão da Comunidade. O carácter absoluto deste controlo permitiu que os Estados assumissem uma posição condescendente em relação aos desenvolvimentos federalizantes que se processavam no âmbito do ordenamento jurídico comunitário.

Entre esses desenvolvimentos de sentido federalizante, que designámos como integrando o referido processo de

constitucionalização do direito comunitário, avultava a radical transformação operada em matéria das competências conferidas originariamente à Comunidade Europeia pelo seu Tratado institutivo. Na verdade, tivémos oportunidade de analisar como o princípio das competências de atribuição, subjacente à alocação das competências comunitárias, havia sido objecto de uma forte e prolongada erosão em termos de, no cume do seu desgaste, as competências da Comunidade se configurarem como uma realidade cujo crescimento respectivo parecia não conhecer insuperáveis limitações<sup>152</sup>. O processo comunitário, através da sua dinâmica de integração, havia desenvolvido os mecanismos que lhe permitiam uma extensão continuada das competências de actuação da Comunidade.

A ruptura da equilíbrio fundacional provocada pelo abandono do voto por unanimidade e a crise de confiança que esta ruptura provocou na liderança do processo de integração por parte dos Estados, levou a que estes, na preocupação de manterem o seu estatuto de *Masters of the Treaty*, deslocassem a sua atenção de uma perspectiva de carácter institucional-processual de desenvolvimento do processo comunitário centrada sobre o modo de decisão, para uma outra de carácter sempre institucional mas de conteúdo vincadamente material: a repartição de competências. Os Estados-membros perceberam que o devir da Comunidade se encontra largamente dependente do alcance das suas competências e que o desenvolvimento destas assume contornos de uma questão fundamental do processo comunitário de integração que eles não podem, em qualquer circunstância, deixar de controlar. Donde, a atenção que o tema da repartição de competências mereceu em sede de princípios fundamentais e também o sentido defensivo com que os Estados formularam o princípio da subsidiariedade. Do mesmo modo, a atenção que prestaram na atribuição de cada uma das novas competências comunitárias à salvaguarda

---

<sup>152</sup> Lenaerts, K., *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, *The American Journal of Comparative Law*, 1990, p. 220.

da própria esfera normativa em face de eventuais indesejáveis desenvolvimentos do seu âmbito de aplicação.

Assim, consideramos que o Tratado de Maastricht encerra definitivamente um ciclo marcado por um alargamento notável das competências comunitárias, em virtude do reforço dos instrumentos constitucionais que permitem uma inversão de tendência na delimitação material de competências entre a Comunidade os Estados-membros. A dinâmica de integração que fomentava o desenvolvimento informal das competências comunitárias, numa óptica marcadamente centralizadora, cedeu o passo a uma aplicação das competências da Comunidade fundada num enunciado estrito do princípio da subsidiariedade. Neste sentido, pensamos ser legítimo afirmar que se iniciou uma nova fase da abordagem do fenómeno das competências da Comunidade caracterizada por um retorno, de modo protagonizante, da ideia de competências de atribuição.

#### *8.1. as condicionantes externas do processo de integração*

O facto do Tratado de Maastricht ter rompido o cordão economicista que caracterizava o processo de integração e ter pretendido, pelo menos no início da conferência inter-governamental em que foi aprovado, instituir uma união política europeia, teve como consequência um enorme incremento do interesse prestado pela opinião pública de todos os Estados-membros às grandes questões da integração, nomeadamente, ao problema das competências conferidas à Comunidade. Esse interesse da opinião pública pelas questões comunitárias, que haviam passado praticamente despercebidas nas primeiras três décadas de vigência do Tratado de Roma, seria redobrado por ocasião dos debates nacionais relativos à ratificação do Tratado de Maastricht, em especial, naqueles países onde o processo parlamentar de ratificação foi acompanhado pela realização de um referendo popular.

Para além dos resultados deste processo eleitoral serem indiciadores da expressão de um apoio popular cuja efectiva dimensão se situa a um nível inferior daquele que durante longo tempo se pensou fosse o grau de adesão que a ideia europeia suscitava nos cidadãos dos Estados-membros, o efeito político global provocado por estes referendos determinou, salutarmente, que o processo de integração adquirisse a relevância de um assunto de primeiro plano na atenção da opinião pública europeia. Pelo que se coloca com maior acuidade o problema de uma maior transparência e democraticidade no desenvolvimento do processo de integração, para que esta mesma opinião pública possa participar no debate sobre os desenvolvimentos da União Europeia. Porém, transparência e democracia eram elementos que andavam arredios do processo de repartição de competências devido, por um lado, ao carácter vago dos limites das competências da Comunidade, que se repercutia na dificuldade encontrada em determinar com precisão quais os domínios que seriam de considerar como cobertos pelas atribuições comunitárias e, por outro lado, ao modo menos democrático como se gerava a expansão destas competências, nomeadamente nas situações em que esta se fazia pelo recurso ao artigo 235º do Tratado, o que causava um continuado afastamento da participação dos parlamentos nacionais na decisão dos actos adoptados no seu âmbito.

A passagem da integração europeia de um processo seguido apenas pelas elites políticas e académicas para um processo debatido pela opinião pública em geral, transporta consigo uma eventual mudança de atitude dos chamados *countervailing powers*<sup>153</sup> nacionais deste processo, em particular, das jurisdições supremas dos Estados-membros. Na verdade, como referia Weiler, se estes órgãos no passado acataram os princípios constitucionais do efeito directo e da supremacia do direito comunitário terão actualmente mais dificuldade em aceitar que decisões judiciais relativas ao

---

<sup>153</sup> expressão retirada de Rasmussen, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice - A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, p. 75.

limite das competências comunitárias, que impliquem a invasão de domínios de intervenção que os Estados retêm como relevando da sua tradicional soberania normativa - ventilando a chamada questão da *kompetenz-kompetenz* - possam ser adjudicadas de um modo unilateral pelo Tribunal de Justiça, sobretudo quando os fundamentos de uma tal soberania normativa possam ser afectados<sup>154</sup>. Motivo pelo qual, a delimitação judicial do alcance das competências comunitárias não deverá ser, de todo, indiferente ao problema da sua receptividade por parte das instâncias judiciais supremas dos Estados.

8.1.1. o acórdão do Tribunal Constitucional da R.F.A. relativo ao Tratado da União Europeia

A este título afigura-se-nos como sendo muito elucidativa a posição tomada pelo Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha face ao Tratado da União Europeia<sup>155</sup>. Numa decisão em que foi solicitada a pronunciar-se sobre a compatibilidade do novo Tratado com a Constituição federal, e proferida em momento anterior à conclusão do processo de ratificação por este Estado-membro<sup>156</sup>, a *Bundesverfassungsgericht* embora haja declarado que o texto de Maastricht não contraria o disposto na lei fundamental

---

<sup>154</sup> Weiler, J.H.H., *Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, *Journal of Common Market Studies*, 1993, p. 439.

<sup>155</sup> 12 de Outubro de 1993, *Bundesverfassungsgericht* (2. Senat), *Manfred BRUNNER and others v. The EUROPEAN UNION TREATY*, Cases 2 BvR 2134/92 & 2159/92, [Gaz: D931012]. Para a análise desta decisão recorreremos à versão inglesa publicada em, *Common Market Law Reports*, 1994, p. 57 e segs.

<sup>156</sup> A República Federal da Alemanha concluiu o processo de revisão constitucional em vista da ratificação do Tratado da União, bem como a respectiva aprovação parlamentar deste acto jurídico, em Dezembro de 1992. Porém, e antes que o Presidente da República promulgasse o instrumento de ratificação, foi apresentado um recurso junto desta jurisdição (*Verfassungsbeschwerden*) alegando que a ratificação contrariaria a lei fundamental alemã. Na sequência do presente acórdão que declara a compatibilidade entre os dois actos jurídicos, a RFA procedeu ao imediato depósito do instrumento de ratificação junto do governo italiano, depositário do Tratado de Roma, permitindo que o Tratado da União Europeia entrasse em vigor no dia 1 de Novembro de 1993. Ver, *Common Market Law Reports*, 1994, p. 63.



alemã, tal como esta resulta depois do processo de revisão a que foi submetida em virtude da adopção do Tratado da União, afirmou uma clara posição de princípio em matéria de repartição de competências entre a União Europeia e os seus Estados-membros.

Reportando as suas preocupações sobre a repartição de competências ao artigo F nº3, relativo às disposições comuns ao Tratado da União, o qual dispõe que a União dotar-se-à dos meios necessários para atingir os seus objectivos e realizar com êxito as suas políticas, a *Bundesverfassungsgericht* considera que esta disposição não coloca o risco de a União Europeia se vir a transformar numa entidade política dotada de competências soberanas plenas porque o Tratado da União obedece ao princípio das competências de atribuição, nos mesmos termos em que este se aplica à Comunidade Europeia. Pelo que as modificações que de futuro sejam introduzidas ao leque de competências conferidas à União necessitam de ser processadas de acordo com as disposições que prevêm uma revisão formal do Tratado<sup>157</sup>.

A importância do princípio das competências de atribuição será reafirmada a propósito do Tratado sobre a Comunidade Europeia onde a *Bundesverfassungsgericht* considera que embora as competências comunitárias possam ser interpretadas à luz dos objectivos estabelecidos por este Tratado, tais objectivos não permitem contudo que a Comunidade crie, ou estenda, validamente novas competências para além daquelas que lhe foram alocadas. Mais importante ainda é o facto de a *Bundesverfassungsgericht* declarar que, no futuro, a dinâmica de crescimento que havia caracterizado a extensão das competências comunitárias, com base no artigo 235º e na interpretação judicial das disposições do Tratado, não seria de considerar como modo admissível para o alargamento do âmbito de aplicação do

---

<sup>157</sup> Acórdão citado, ponto nº 59, Common Market Law Reports, 1994, p. 92.

Tratado, precisando a distinção que este acto estabelece entre o exercício das competências conferidas em vista da realização dos objectivos que lhe foram estipulados e o processo de revisão formal do Tratado. Uma interpretação do direito comunitário que extravase deste quadro delimitado pelas competências de atribuição da Comunidade estará destinado, segundo declara o Tribunal Constitucional alemão, a não produzir quaisquer efeitos vinculativos para a República Federal da Alemanha<sup>158</sup>.

Trata-se, pois, de uma solene tomada de posição da *Bundesverfassungsgericht* sobre a lógica que presidirá ao desenvolvimento das competências da Comunidade no futuro, com uma clara advertência dirigida ao Tribunal de Justiça, de que não estará disposta a aceitar uma retoma da dinâmica de crescimento das competências comunitárias que possa secundarizar a importância assumida pelo princípio das competências de atribuição. Onde, nos seja possível inferir que as jurisdições supremas dos Estados-membros, ou pelo menos de alguns destes, exercerão uma vigilância acrescida sobre a arbitragem dos problemas relativos à repartição de competências, não consentindo que se continue a fazer uma adjudicação destas questões em que sejam ponderados apenas os interesses de uma das partes envolvidas, ou seja a Comunidade Europeia. O que constitui, por seu turno, uma consequência do reconhecimento da função constitucional do Tribunal de Justiça, enquanto órgão a quem incumbe resolver os conflitos decorrentes da delimitação vertical de competências em virtude da aplicação do Tratado<sup>159</sup>.

## 8.2. a jurisprudência do Tribunal de Justiça

---

<sup>158</sup> Acórdão citado, pontos n.º 98 e 99, *Common Market Law Reports*, 1994, p. 105.

<sup>159</sup> Dehousse, R., *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Montchrestien, Paris, 1994, p. 151.

A revisão constitucional operada pelo acordo de Maastricht, e as alterações que este introduziu no sistema de alocação de competências à Comunidade, o despertar das opiniões públicas nacionais para o acompanhamento do processo de integração, a maior atenção das jurisdições supremas dos Estados-membros para o modo como operará no futuro a repartição de competências, tudo isto constituem elementos que não poderão deixar de pesar na análise da equação de competências realizada pelo Tribunal de Justiça nas situações em que é chamado a dirimir litígios que configurem problemas desta natureza. Por outro lado, sabemos como a perspectiva que um órgão jurisdicional tem de um fenómeno como o da atribuição de competências a uma entidade com as características singulares da Comunidade é expressão não apenas dos termos literais do seu enunciado no acto institutivo, mas, também, o reflexo da ideia que os membros que compõem tal órgão jurisdicional fazem do mesmo fenómeno de integração, ou seja, daquilo que o Juíz Pescatore entendia como a expressão de '*une certaine idée de l'Europe*' que o Tribunal prosseguiria através da sua jurisprudência<sup>160</sup>. Ora, também a perspectiva do fenómeno de integração de uma instituição como o Tribunal de Justiça tende a alterar-se, não apenas em resultado das condicionantes externas à sua actividade, como ainda por efeito das alterações na sua composição interna, devidas à periódica renovação dos seus membros e, também, da chegada de novos elementos em consequência da adesão de outros Estados à Comunidade.

Em virtude deste aglomerado de condicionantes externas e internas ao funcionamento do Tribunal, podemos perguntarmos se, de algum modo, serão identificáveis na jurisprudência deste órgão sinais do clima de mudança em matéria de repartição de competências desencadeado pelo

---

<sup>160</sup> Expressão utilizada pelo Juíz Pierre Pescatore a propósito da jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça no domínio das relações externas da Comunidade. Cfr. Pescatore, P., "Contribution to the Discussion", in Timmermans, Völker, (eds.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Kluwer - The Netherlands, 1981, p. 75.

acordo de Maastricht. Não obstante o pouco tempo decorrido sobre a entrada em aplicação daquele novo acto, é nosso entender que algumas decisões entretanto proferidas pelo Tribunal traduzem uma perspectiva das competências comunitárias que não pode ser considerada como sendo indiferente às alterações introduzidas no plano constitucional. Sem prejuízo de um maior aprofundamento noutra sede destes ecos de mudança que percorrem a jurisprudência do Tribunal referiremos, para terminar, dois casos que a este respeito nos parecem ser sintomáticos de uma atitude algo diversa na abordagem do problema da repartição de competências.

O primeiro eco de uma nova sensibilidade manifestada pelo Tribunal para com o problema da repartição de competências transparece na decisão que proferiu no acórdão *Keck et Mithouard*<sup>161</sup>, a propósito do alcance da noção de medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas, em matéria de livre circulação de produtos, a que se refere o artigo 30º do Tratado. Durante longo tempo, o Tribunal aplicava a noção de medidas de efeito equivalente que havia declarado no caso *Dassonville* a qual, em virtude de um entendimento maximalista da sua formulação, se havia transformado numa espécie de 'saco sem fundo', onde cabiam todo o tipo de normas nacionais relativas à regulamentação do fabrico e comercialização de bens. Através do recurso à interdição estipulada no artigo 30º, os operadores económicos conseguiam normalmente a supressão das regulamentações nacionais das actividades comerciais que lhes fossem desfavoráveis, mesmo nas situações em que estas eram desprovidas de qualquer efeito proteccionista, o que gerava um esvaziamento progressivo das competências dos Estados nesta matéria. Na decisão proferida em *Keck*, o Tribunal excluiu do âmbito de aplicação da interdição estipulada pelo artigo 30º do Tratado as regulamentações nacionais das

---

<sup>161</sup> TJCE, 24 de Novembro de 1993, processos apensos C-267/91 e C-268/91, Recueil 1993, p. I-6097. Para uma análise detalhada das consequências deste acórdão no plano da repartição de competências, ver *infra* Parte III, Cap. I.

modalidades de venda, reduzindo o alcance de uma jurisprudência que havia atingido um significado quase histórico no processo de eliminação dos entraves às trocas comerciais, mas permitindo assim aos Estados-membros de se reapropriarem plenamente da sua capacidade regulatória nesta matéria.

O segundo exemplo de uma abordagem diversa do problema da repartição de competências pelo Tribunal de Justiça é aquele que resulta do seu Parecer 1/94<sup>162</sup>, sobre o acordo que instituiu a Organização Mundial de Comércio. Nesta decisão, o Tribunal defrontava-se entre a adopção de uma atitude de não ingerência numa disputa sobre o alcance das competências externas da Comunidade, que ocorreu no decurso das negociações do acordo de Maastricht e teve como protagonistas os vários actores políticos do processo de integração e, a afirmação da sua jurisprudência tradicional em matéria das relações externas da Comunidade relativa à exclusividade da intervenção comunitária, substancialmente defendida pela Comissão, mas que não havia conseguido obter o consenso dos Estados-membros para a sua consagração no texto final do Tratado de Maastricht. O Tribunal de Justiça, evidenciando grande prudência, optou por uma posição que definiríamos como de *judicial self-restraint*, não permitindo que através da sua decisão se permitisse que as instituições comunitárias tentassem alcançar um alargamento de competências da Comunidade que não havia reunido o acordo dos Estados em sede de revisão constitucional. E, deste modo, respeitando claramente a diferença existente entre o exercício das atribuições conferidas à Comunidade para a realização dos seus objectivos e o processo previsto pelo Tratado para a alteração do seu quadro de competências. Donde, pensamos ser lícito concluir que o Tribunal extraía as necessárias consequências da entrada numa nova fase, em matéria de

---

<sup>162</sup> TJCE, 15 de Novembro de 1994, Parecer 1/94, Recueil 1994, p. I-5267. Para uma análise detalhada dos efeitos desta decisão judicial em matéria de repartição de competências, ver *infra* Parte III, Cap. IV.

repartição de competências, marcada pelo retorno ao princípio das competências de atribuição.

## Capítulo II

### A preempção no direito comunitário

#### 1. O conceito de preempção

Ao abordarmos o problema da natureza jurídica das competências comunitárias referimos como o tipo comum destas mesmas competências, as competências concorrentes ou partilhadas, era susceptível de sofrer uma transformação da sua natureza jurídica, causada pela respectiva actuação no plano comunitário, em termos de tais atribuições se poderem tornar em domínios da competência normativa exclusiva da Comunidade. Dissémos, então, que esta metamorfose das competências concorrentes comunitárias em competências exclusivas correspondia a um entendimento lato do fenómeno da preempção das competências nacionais e tentámos situar uma tal transformação das competências conferidas à Comunidade num contexto mais amplo, que referimos como sendo o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico comunitário. Cabe agora concentrar a nossa atenção sobre o fenómeno da preempção em particular.

Antes de mais, devemos esclarecer sobre o que entendemos por preempção. No âmbito das relações que se estabelecem entre o direito comunitário e as ordens jurídicas dos Estados a propósito da repartição de competências - relações que se encontram verticalmente definidas em virtude da declaração do primado do direito comunitário

pelo Tribunal de Justiça - as matérias que sejam consideradas como relevando da competência partilhada de ambos os poderes públicos envolvidos no processo comunitário podem suscitar a questão dos limites da actividade normativa desenvolvida por cada um desses sujeitos. Em determinadas circunstâncias, pode-se considerar que os Estados-membros se encontram precludidos de adoptarem disposições normativas no âmbito de certos domínios até aí abrangidos pela sua área de competência partilhada. Nessas situações dir-se-à que se verificou a preempção de um tal domínio que relevava da competência normativa dos Estados. Portanto, a preempção das competências nacionais corresponde à ideia de uma preclusão das prerrogativas normativas dos Estados por via de uma deslocação dessas mesmas competências para a esfera exclusiva de intervenção da Comunidade.

#### *1.1. modalidades*

Como tivémos oportunidade de expôr, a preempção é uma categoria jurídica originária do direito constitucional dos Estados Unidos. No quadro das relações existentes entre o ordenamento jurídico do poder federal e o dos Estados, a preempção é uma figura que reflecte as situações em que a aplicação do direito emanado pelos órgãos federais preclude as correspondentes competências normativas dos Estados. Assim, entendemos a figura da preempção em direito comunitário em termos idênticos aos que esta desempenha no âmbito do sistema jurídico norte-americano. E, por isso, pensamos ser justificável a sua invocação no quadro do ordenamento comunitário.

Desde logo, consideramos ser de grande utilidade a classificação que se faz no direito norte-americano das várias modalidades que a figura da preempção pode assumir<sup>163</sup>. A primeira distinção a operar em matéria de

---

<sup>163</sup> Cfr. *supra*, Parte I, n° 2.1.



preempção de competências respeita à diferença entre preempção expressa e preempção implícita. Os casos de preempção expressa são aqueles em que o afastamento das prerrogativas normativas dos Estados decorre directamente da letra do acto normativo federal, como expressão da vontade do Congresso ou da agência federal a quem incumbe o exercício de tais poderes regulatórios. Todavia, estas entidades federais poderão, do mesmo modo, estabelecer no texto do respectivo acto jurídico uma menção explícita de que esse acto não preclui a faculdade dos Estados poderem adoptar disposições normativas com o mesmo objecto. Temos, assim, que o poder federal tanto pode fixar a preempção expressa como, ao contrário, estipular as chamadas *express saving clauses* do direito dos Estados.

As situações em que o poder federal fixa expressamente as suas intenções quanto ao tipo de relações que os actos jurídicos nacionais devem manter com o direito emanado pelo ordenamento dos Estados são, contudo, muito escassas. Por isso, compete aos órgãos jurisdicionais encarregues da aplicação do direito federal estabelecer o alcance destes actos no confronto das medidas adoptadas pelos Estados. A este propósito, a *Supreme Court* desenvolveu uma rica jurisprudência relativa às situações de preempção implícita da competência dos Estados em virtude da aplicação do direito federal. Fundamentalmente, esta jurisprudência distingue entre a adopção de uma perspectiva considerada como de *occupation of the field*, ou seja de ocupação de todo o terreno normativo por parte do poder federal, de modo a que aos Estados não fosse deixado qualquer espaço para a adopção de regras jurídicas com o mesmo objecto e, uma abordagem mais suave da preempção das competências dos Estados que visa apenas a preclusão das prerrogativas normativas destes últimos nos casos em que as normas estaduais entrem em conflito com os respectivos actos jurídicos nacionais. Nestes últimos casos, considerados como de *conflict preemption*, a *Supreme Court* dos Estados Unidos introduziu ainda uma outra distinção, para a declaração da preempção das competências estaduais, entre a

existência de um conflito directo das medidas normativas, *direct conflict*, ou apenas de um conflito potencial dessas medidas originado pelo facto de o acto estadual se apresentar como obstáculo para o cumprimento dos objectivos visados pela lei federal, *obstacle conflict*<sup>164</sup>.

Regressando ao direito comunitário, tivémos oportunidade de referir que a alegada metamorfose das competências concorrentes da Comunidade em competências exclusivas, a qual implicava a preclusão das competências dos Estados, ocorria porque se favorecia um entendimento amplo da figura da preempção, ou seja um entendimento fundado na ideia de que o exercício das competências normativas da Comunidade consubstanciava uma situação de ocupação desse mesmo terreno normativo por parte de tais actos jurídicos comunitários. E, deste modo, verificar-se-ia um correspondente afastamento das prerrogativas que os Estados detinham em áreas que consideravam como relevando da sua competência conjunta com a Comunidade. Sob uma tal perspectiva, a preempção das competências dos Estados-membros seria de considerar como um fenómeno potenciador da chamada centralização de competências comunitárias.

---

<sup>164</sup> Cfr. *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), p. 230.

## 2. Aplicação formal no direito comunitário

Uma questão prévia ao estudo desta figura no direito comunitário tem a ver com o problema da sua existência formal no quadro dos conceitos jurídicos que integram este ordenamento. Ou, melhor dizendo, da sua inexistência formal<sup>165</sup>. Na verdade, a preempção é uma figura jurídica formalmente desconhecida no direito comunitário, no sentido em que não se conhecem quaisquer referências a esta categoria por parte das principais fontes de direito a que recorre o ordenamento da Comunidade. Ou seja, não se encontra nenhuma menção formal ao fenómeno da preempção das competências nacionais por parte do poder legislativo, tanto ao nível do direito primário como do direito derivado, nem da parte da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, como se sabe, se deve considerar como uma importante fonte de direito do ordenamento comunitário<sup>166</sup>. Sublinhe-se que esta ausência de referências à preempção se situa a um nível estritamente formal, não interferindo com a sua importância substancial enquanto instrumento de apoio

---

<sup>165</sup> Com efeito não se encontra qualquer referência ao termo "preemption" no *Glossary of EC Terms*, obra que pretende reunir o conjunto de termos, expressões e acrónimos desenvolvidos pelas Comunidades Europeias ao longo da sua actividade, nas cinco línguas comunitárias de maior expressão continental, mas com um enfoque especial na terminologia jurídica, como prova, aliás, o facto de as várias edições nacionais serem realizadas por algumas das maiores editoras de obras de Direito dos respectivos Estados-membros (Na verdade, trata-se de uma co-edição, multilinguística, da Butterworth, Berger-Levrault, Carl Heymanns Verlag KG, Giuffrè e La Ley, que publicaram esta obra no Reino Unido, França, Alemanha, Itália e Espanha, respectivamente). Ver, De Fouloy, C., *Glossary of EC Terms and Acronyms*, Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., London, 1992.

Do mesmo modo, nada se refere sobre esta expressão no *Dictionnaire Juridique des CE*, o qual pretende reunir as principais palavras da terminologia jurídica comunitária. Muito embora se trate de uma obra em francês, e neste idioma a expressão *preemption* ter uma conotação bem precisa ao nível do seu direito interno, em particular, do direito administrativo francês, não é feita qualquer referência ao conceito de *preemption*, nem mesmo à ideia que lhe subjaz, apesar do carácter relativamente completo deste vocabulário de expressões e noções do direito comunitário. Ver, Barav, A., Philip, C., *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993.

<sup>166</sup> Sobre as fontes do direito comunitário, ver Lasok, D., Bridge, J.W., *Law and Institutions of the European Communities*, 5th Edition, Butterworths, London, 1991, p. 112 - 209.

à delimitação material de competências entre a Comunidade e os Estados-membros. Mas detenhamo-nos um pouco sobre os motivos que terão originado esta inexistência formal da preempção no léxico comunitário.

Pensemos antes de mais na preempção expressa, ou seja, nas situações em que o afastamento das competências nacionais decorre explicitamente do conteúdo literal dos actos jurídicos. Como se sabe, o processo legislativo comunitário encontra-se fortemente condicionado pela omnipresença dos representantes dos interesses dos Estados-membros, desde a fase inicial de consultas prévias à apresentação formal de propostas, através da participação em vários grupos de trabalho, até ao momento final da decisão que é da responsabilidade exclusiva do Conselho. Este domínio do processo legislativo por parte dos Estados-membros determina que, naturalmente, estes não consintam que do conteúdo dos actos jurídicos comunitários por eles adoptados possa decorrer uma qualquer preempção das suas próprias competências. Por definição, os Estados não se auto-expropriam das suas prerrogativas normativas. Se esta é a situação que se verifica no processo legislativo ordinário da Comunidade, por maioria de razão ela tende a repetir-se no quadro do seu processo constitucional, onde os Estados não devem partilhar o poder de decisão - sob qualquer forma - com outras instituições comunitárias, o que determina que a eventualidade de uma qualquer referência à preempção das suas competências nacionais se afigure como uma hipótese ainda mais remota.

Este domínio incontrastado dos Estados sobre o direito originário da Comunidade, que é inerente à sua natureza jurídica de organização internacional, reflecte-se, pelo contrário, na preocupação dos Estados-membros de acautelarem a defesa das suas prerrogativas normativas contra uma indesejável expansão das competências comunitárias para além do alcance normal que decorreria do seu carácter de competências concorrentes. Ou seja, pela fixação de cláusulas que visam precaver os Estados contra a

desapropriação das suas competências em virtude do eventual funcionamento do efeito preemptivo do direito comunitário. Cláusulas estas que correspondem às chamada *express saving clauses* que referimos a propósito do direito norte-americano. Como exemplo natural da fixação de tais cláusulas encontramos o artigo 36º do Tratado de Roma, o qual visa acautelar o conjunto das competências nacionais por si enumeradas face aos desenvolvimentos funcionais que as competências comunitárias possam conhecer em matéria de livre circulação de produtos. Do mesmo modo os artigos 48º nº 3 e 56º nº 1 do Tratado de Roma, relativamente à liberdade de circulação de pessoas. Mas, também e reflectindo um tipo de preocupações nacionais que se podem considerar como de segunda geração - porque visam acautelar os Estados contra desenvolvimentos imprevisíveis das competências da Comunidade no momento da sua génese - os artigos 130º-R nº 5 e 130º-T, estabelecidos pelo Acto Único, em matéria de ambiente ou, os preceitos introduzidos pelo Tratado de Maastricht que fixam as competências comunitárias nos domínios da defesa dos consumidores<sup>167</sup> e da cooperação no desenvolvimento<sup>168</sup> definem limites materiais à expansão das novas atribuições comunitárias, que se podem considerar como reservas de competências dos Estados.

## 2.1. jurisprudência do Tribunal de Justiça

A preempção implícita é uma modalidade cuja respectiva inferência é da responsabilidade do poder judicial, no exercício da sua função de entidade a quem cumpre proceder à interpretação e aplicação do direito. No sistema comunitário esta função incumbe ao Tribunal de Justiça, nos

---

<sup>167</sup> Artigo 129º-A, nº 3, que estabelece o carácter mínimo das normas comunitárias adoptadas nesta matéria e, portanto, reserva aos Estados a possibilidade de emanar disposições que fixem medidas de protecção com um maior alcance, desde que estas se revelem compatíveis com o ordenamento comunitário.

<sup>168</sup> Artigo 130º-Y, segundo parágrafo, que reserva a capacidade dos Estados poderem celebrar acordos internacionais na área da cooperação no desenvolvimento, bem como de participarem a título individual nas negociações que decorram no quadro das instâncias internacionais.

termos do disposto do artigo 164º do Tratado de Roma. Em termos estritamente formais, podemos afirmar que não temos conhecimento de qualquer decisão do Tribunal de Justiça em que este se tenha explicitamente pronunciado sobre a figura da preempção, enquanto categoria jurídica que releve do universo de conceitos utilizados pelo direito comunitário<sup>169</sup>. De igual modo, não encontramos na jurisprudência do Tribunal relativa à repartição vertical de competências quaisquer referências formais às modalidades que pode assumir a preempção implícita das competências dos Estados. Em particular, e de acordo com a pesquisa empírica que realizámos, não resulta que o Tribunal de Justiça alguma vez se tenha nominalmente referido à mais conhecida das modalidades da preempção: a ocupação do terreno normativo. Nem mesmo nos casos em que a Comissão pareceu, de certo modo, tentar introduzir esta expressão no léxico comunitário afirmando, textualmente, no âmbito das observações que apresentou no decurso de um reenvio prejudicial, que o legislador comunitário ao adoptar um determinado regulamento no quadro da política agrícola comum havia manifestado a intenção de "ocupar o terreno"<sup>170</sup> normativo em causa, o Tribunal cedeu perante a perspectiva de aproveitar a terminologia empregue por esta instituição comunitária que continha uma referência implícita ao uso da doutrina da preempção.

Assim, o Tribunal parece mover-se com grande cautela no que se refere à figura da preempção, não fazendo quaisquer referências explícitas nas suas decisões a esta categoria jurídica e, também, não cedendo às sugestões de certos actores do processo político de recorrer ao emprego de expressões que andam associadas à chamada doutrina da

---

<sup>169</sup> Fazemos esta afirmação com base na leitura dos acórdãos do Tribunal de Justiça relativos à delimitação de competências entre a Comunidade e os Estados-membros, a maioria dos quais vêm citados na Parte III; mas também com fundamento numa investigação realizada na base de dados <<Celex>>, efectuada a nosso pedido pela responsável pelo Centro de Documentação Europeia do IUE, Emir Lawless, a quem expressamos os nossos agradecimentos.

<sup>170</sup> Cfr. Van Miert, processos apensos 47 e 48/83, Recueil 1984, p. 1736. Ver *infra* Parte III, Capítulo III, § II, n.º 3.

preempção, como é o caso da modalidade de ocupação do terreno normativo. A cautela manifestada pelo Tribunal no confronto desta figura não será estranha, por certo, ao facto da preempção ser uma categoria jurídica originária do direito constitucional norte-americano onde é utilizada para dirimir os conflitos de competências entre o poder federal e os Estados e, também, à circunstância de que o seu reconhecimento formal pelo direito comunitário implicaria que o Tribunal assumisse de modo inequívoco que na sua arbitragem dos conflitos verticais de competências ele detém a autoridade suficiente para decretar o afastamento ou, se quisermos, a expropriação, de certas áreas de competências que os Estados partilhavam com a Comunidade. Ora, o reconhecimento formal de tal autoridade não deixa de constituir um assunto polémico no quadro de um sistema jurídico em que a alocação de competências era suposta realizar-se com base no princípio das competências de atribuição.

## *2.2. tratamento doutrinal*

O seu desconhecimento formal por parte das principais fontes do direito comunitário terá, por certo, determinado que a literatura relativa ao ordenamento jurídico da Comunidade tivesse, na sua grande maioria, ignorado a figura da preempção no contexto dos instrumentos jurídicos que integram o universo de conceitos deste sistema. Assim, a preempção das competências dos Estados era um assunto que, durante longo tempo, não mereceu qualquer abordagem ou mesmo referência, quer nos manuais do direito comunitário, quer nas obras que tratavam especificamente o problema da repartição de competências na Comunidade. Todavia, e mau grado a tendência dominante na literatura jurídico-comunitária apontar para o desconhecimento desta figura no contexto da ordem jurídica da Comunidade, a sua aparição no debate comunitário ocorreu, justamente, por via doutrinária, ou seja através do estudo empreendido pela literatura da especialidade.

Com efeito, deve-se a Michael Waelbroecke a introdução desta figura jurídica no léxico comunitário, num estudo dedicado aos efeitos produzidos pelos actos comunitários sobre as competências normativas dos Estados. Numa anotação publicada ao acórdão SADAM, este autor abordava pela primeira vez o problema do efeito preemptivo do direito comunitário em virtude da actividade regulatória da Comunidade no quadro das chamadas organizações comuns de mercado existentes no âmbito da política agrícola comum<sup>171</sup>. Porém, seria através de um outro texto de Waelbroeck, publicado anos mais tarde, que o tema da preempção conquistaria um lugar definitivo no debate sobre a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros<sup>172</sup>. Neste segundo trabalho, que constitui um notável estudo jurídico, o autor empreendeu a primeira análise sistemática do problema da preempção das competências nacionais pelo direito comunitário, abordando a sua operatividade em diversas áreas de actuação da Comunidade como a concorrência, o comércio externo, as competências implícitas em matéria de relações externas e, sobretudo, a política agrícola onde concentrou de modo particular a sua atenção.

Um dos aspectos mais interessantes deste estudo de Waelbroecke consiste na distinção que o autor estabelece entre duas abordagens diversas do Tribunal de Justiça na sua jurisprudência relativa à preempção das competências dos Estados. Em seu entender, o Tribunal hesitaria entre, por um lado, a adopção de uma perspectiva que designa como 'conceitual-federalista' da preempção cuja característica principal residiria numa definição prévia do alcance desta

---

171 Waelbroeck, M. *Scope of Community pre-emption of matters covered by a common organization of the market*, *European Law Review*, 1977, p. 94 - 102

172 Waelbroeck, M. "The Emergent Doctrine of Community Pre-emption - Consent and Re-delegation" in Sandalow, T., Stein, E., (edited by), *Courts and Free Markets - Perspectives from the United States and Europe*, Volume II, Clarendon Press - Oxford, 1982, p. 548 - 580. Este livro reúne contribuições escritas dos participantes na Conferência de Bellagio, realizada em Julho de 1979.



figura a um determinado domínio de intervenção da Comunidade - o que implicaria a declaração desse mesmo domínio como sendo da sua exclusiva competência e a preempção de princípio das prerrogativas nacionais - e, por outro lado, uma abordagem 'pragmática'<sup>173</sup> da preempção que tendia a menorizar o problema de uma delimitação rígida das competências exclusivas da Comunidade, em benefício de um entendimento que privilegiava a análise do impacto causado pelo exercício das competências nacionais sobre a aplicação das normas adoptadas no plano comunitário<sup>174</sup>.

Na obra de Waelbroeck aflora ainda um outro aspecto que retemos como sendo de grande interesse para o estudo da figura da preempção: a sua dimensão valorativa. Com efeito, este autor referia-se ao acórdão *SADAM*, o qual aplicava a referida abordagem pragmática da preempção como denotando uma 'atitude mais conservadora' do Tribunal por contraposição a uma 'orientação de pendor liberal' que emanaria do acórdão *Galli* onde o Tribunal aplicou uma perspectiva que refere como conceitual-federalista<sup>175</sup>, a qual correspondia basicamente à ideia de ocupação do terreno normativo. Se atendermos ao comentário que formulou a propósito da jurisprudência *Galli*, que referia como a expressão clara de uma atitude federalista por parte do Tribunal<sup>176</sup> em matéria do efeito preemptivo das organizações de mercado, é lícito inferir que Waelbroeck considerava como federalista e liberal a tendência que favorecia a

---

<sup>173</sup> Esta distinção havia já sido sugerida por Jean-Victor Louis, num artigo onde faz uma notável análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de repartição de competências. Contudo, o autor não faz qualquer referência formal à figura da preempção, ainda que considere desejável que os sectores da doutrina que possuam um maior conhecimento dos sistemas federais contribuam com essa mesma experiência para o estudo desta questão. Cfr. Louis, J.-V., *Quelques Réflexions sur la Répartition des Compétences entre la Communauté Européenne et ses États membres*, *Revue d'Intégration Européenne*, 1979, p. 367 - 374.

<sup>174</sup> Waelbroeck, M., "The Emergent Doctrine of Community Pre-emption - Consent and Re-delegation" op. cit. p. 551.

<sup>175</sup> Waelbroeck, M., *Scope of Community pre-emption of matters covered by a common organization of the market*, *European Law Review*, 1977, p. 99-100.

<sup>176</sup> Waelbroeck, M., *The Emergent Doctrine of Community Pre-emption - Consent and Re-delegation*, op. cit. (1982) p. 559.

centralização das competências comunitárias e, apelidava de conservadora a orientação que permitia que se não expropriassem, por princípio, as competências dos Estados-membros neste âmbito de actuação. Trata-se, de certo modo, de uma transposição para o ordenamento comunitário das valorações político-ideológicas que então se faziam sobre esta doutrina nos Estados Unidos. No entanto, tais considerações devem ser contextualizadas ao tempo a que as mesmas se reportam, não esquecendo que elas ocorreram durante o chamado período fundacional do direito comunitário, numa fase caracterizada por uma acentuada erosão das competências de atribuição em que se assistiu a um forte activismo por parte do Tribunal de Justiça, que se assumiu como um dos catalizadores da chamada dinâmica de integração. Onde, a propensão da doutrina para aplaudir todas as decisões do Tribunal que reforçassem a esfera de competências do centro, ainda que tal reforço se realizasse à custa de um esvaziamento progressivo das prerrogativas estaduais.

O estudo de Waelbroecke sobre a preempção permitiu chamar a atenção da literatura jurídica sobre a importância que esta figura assumia no âmbito do direito comunitário. Assim, a partir do início da década de oitenta vários são os trabalhos que se lhe referem. De entre estes, permitimo-nos destacar o relevo que lhe confere Weiler, na sua análise do sistema comunitário, o qual considera a preempção como um dos pilares da supranacionalidade normativa da Comunidade Europeia, juntamente com os princípios do efeito directo e do primado do direito comunitário<sup>177</sup>. Weiler equiparava a preempção à competência exclusiva da Comunidade, sublinhando as consequências que daí advinham a nível da preclusão das prerrogativas dos Estados. Destaque ainda para Lenaerts que, num estudo especificamente consagrado ao problema da preempção no domínio das competências externas dos Estados, considera que esta figura equivale ao uso

---

<sup>177</sup> Weiler, J.H.H., *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, op. cit., p. 277 e segs.; e também do mesmo autor, *Il sistema comunitario europeo*, op. cit., p. 61.

exaustivo de uma competência concorrente por parte da Comunidade<sup>178</sup> estabelecendo, porém, uma distinção clara entre competências exclusivas por natureza, que resultariam do espírito da atribuição feita pelo Tratado, e competências concorrentes submetidas a uma utilização normativa com carácter exaustivo<sup>179</sup>.

Um último trabalho que merece uma referência especial ao nível da análise da preempção no direito comunitário é o estudo de Eugene Daniel Cross<sup>180</sup>. Neste texto, o autor segue uma metodologia de análise da preempção no direito comunitário inspirada na aplicação que a *Supreme Court* dos Estados Unidos faz desta doutrina. Desde logo, este autor restringe a abordagem desta categoria jurídica aos casos que revistam natureza infra-constitucional, ou seja, às relações do direito nacional com medidas de direito derivado comunitário, à semelhança do que ocorre no direito norte-americano, afastando quaisquer incursões no campo da análise preemptiva das disposições do Tratado<sup>181</sup>. Por outro lado, Cross evidencia também uma maior preocupação na conceptualização das várias modalidades que as relações de tipo preemptivo entre o direito nacional e o direito comunitário podem assumir, fundando este seu enunciado nas categorias enumeradas pela jurisprudência da *Supreme Court*,

---

178 Lenaerts, K., "Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des États membres et la question de 'preemption'", in Demaret, P., (ed.), *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Colloque 1986, Collège d'Europe n° 45, Bruges, Story Scientia, p. 42.

179 Registe-se, todavia, que Lenaerts mantém um relacionamento algo peculiar com o termo preempção. Na verdade, se por um lado é autor do trabalho citado na nota anterior, onde procura fornecer uma noção deste conceito em direito comunitário, e se refere também à preempção noutros seus trabalhos como, por exemplo, em *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, op. cit., p.225, por outro lado, noutros textos de sua autoria, onde aborda exactamente as mesmas questões do trabalho citado na nota precedente, não faz qualquer referência à figura da preempção, cfr., *Le Juge et La Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'Ordre Juridique Européen*, op. cit., p. 502 e segs. e também *Le Principe de Subsidiarité et son Contexte*, op. cit., p. 14 e segs.

180 Cross, E.J., *Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: a Framework for Analysis*, *Common Market Law Review*, 1992, p. 447.

181 *idem*, p. 453.

a saber: *express saving*, *express preemption*, *occupation of the field* e *conflict preemption*, nas suas variedades de *direct conflict* e *obstacle conflict*<sup>182</sup>.

No entender de Cross, o Tribunal de Justiça tenderia a uma abordagem do relacionamento entre as ordens jurídicas nacionais e comunitária onde se favorecia uma análise de tipo *occupation of the field* do direito comunitário a qual, como se sabe, se apresenta algumas vantagens do ponto de vista da segurança jurídica da sua aplicação, tem grandes inconvenientes quanto ao alcance efectivo da preclusão das competências normativas dos Estados-membros<sup>183</sup>. Por isso, este autor julga ser preferível que o Tribunal de Justiça adopte uma abordagem menos restritiva das competências nacionais, a qual deveria ser baseada numa lógica de *obstacle conflict analysis*, devendo o Tribunal reconhecer que em certas áreas, como a saúde, segurança e ambiente, o Tratado instituiu uma espécie de presunção de validade em favor das medidas normativas nacionais, permitindo-se a manutenção destas disposições mesmo quando elas provoquem um impacto menor na realização dos objectivos estabelecidos pelo Tratado. Em sua opinião, este seria o entendimento que melhor conciliaria as implicações decorrentes da introdução do princípio da subsidiariedade pelo Tratado de Maastricht com a aplicação da figura da preempção do direito nacional<sup>184</sup>.

O interesse que estes trabalhos sobre o fenómeno da preempção das competências nacionais suscitaram junto da literatura jurídico-comunitária determinou que esta figura fosse objecto de crescentes citações no âmbito dos estudos de direito comunitário, sendo numerosas as obras que, com maior ou menor ênfase, contêm análises da sua aplicação<sup>185</sup>,

---

<sup>182</sup> *idem*, p. 456.

<sup>183</sup> *idem*, p. 467.

<sup>184</sup> *idem*, p. 470.

<sup>185</sup> Numa listagem não exaustiva, ver Muñoz Machado, S., "Los Principios de Articulacion de las Relaciones entre Derecho Comunitario y el Interno y las Garantias Jurisdiccionales para su Aplicacion Efectiva" in García de Enterría, E., González Campos, J.

bem como aquelas que se limitam a fazer uma simples referência a esta categoria no objecto do estudo a que se reportam<sup>186</sup>. O elemento comum a todas estas citações por parte literatura especializada é o de que a preempção é uma figura consensualmente aceite como sendo um elemento integrante do universo de conceitos jurídicos que formam o ordenamento comunitário. Nem mesmo o facto do seu desconhecimento formal pelas principais fontes de direito deste ordenamento, nos termos acima referidos, parece perturbar o interesse que lhe é consagrado pelos autores deste ramo do direito. Na verdade, a operatividade da preempção das competências nacionais, por via da aplicação

---

D., Muñoz Machado, S., (Dirigido por), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio Sistemático desde el Derecho Español)*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 537; Jacobs, F., Karst, K., "The 'Federal' Legal Order, The USA and Europe compared: A juridical perspective", in Cappelletti, M., Seccombe, M., Weiler, J., *Integration Through Law*, Volume 1, Walter de Gruyter, Berlin, 1986, p. 237; Bieber, R., *On the Mutual Completion of Overlapping Legal Systems: The Case of the European Communities and the National Legal Orders*, *European Law Review*, 1988, p. 147; López Escudero, M., *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Universidad de Granada, Granada, 1991, p. 315; Bribosia, H., *Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres*, *Révue du Marché Unique Européen*, 1992, p. 175; Weatherill, S., "Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community" in O'Keeffe, D., Twomey, P. M., *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing, London, 1994, p. 13.

<sup>186</sup> A título meramente exemplificativo, ver Pescatore, P., "La carence du législateur communautaire et le devoir du juge", in Constantinesco, L.-J., *Rechtsvergleichung, Europarecht, Staatsintegration - Gedächtnisschrift*, Carl Heymanns Verlag, Cologne, 1983, p. 563; Rasmussen, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice - A Comparative Study in Judicial Policymaking*, op. cit., p. 11; Easson, A., *Legal Approaches to European Integration: The Role of Court and Legislator in the Completion of the European Common Market*, *Révue d'Intégration Européenne*, 1989, p. 108; Van Empel, M., *The 1992 Programme: Interaction Between Legislator and Judiciary*, *Legal Issues of European Integration*, 1992, p. 10; Bengoetxea, J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice - Towards a European Jurisprudence*, op. cit., p. 248; Mengozzi, P., "Trade in Services and Commercial Policy", in Maresceau, M., (edited by), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 240; nesta mesma obra, o trabalho de Demaret, P., "Environmental Policy and Commercial Policy: The Emergence of Trade-Related Environmental Measures (TREMS) in the External Relations of the European Community", p. 348; Joerges, C., "European Economic Law, The Nation-State and the Maastricht Treaty", in Dehousse, R. (edited by), *Europe After Maastricht - An Ever Closer Union?*, Law Books in Europe, München, 1994, p. 58.

do direito comunitário, não merece qualquer tipo de contestação por parte de todos aqueles que se lhe referem.

Para terminar, diga-se, ainda, que a preempção é uma figura cujo efectivo significado terá ultrapassado o limitado universo de referência dos juristas que se ocupam do direito comunitário. Com efeito, e na sequência do interesse que a actividade desempenhada pelo Tribunal de Justiça, no âmbito do processo de integração europeia, despertou junto da literatura política e, em especial, da teoria da integração, diversas são as referências que neste campo se podem encontrar ao fenómeno da preempção<sup>187</sup>. Na verdade, os politólogos apontam a preempção como uma das realizações do órgão jurisdicional comunitário que melhor evidenciam o grau de supranacionalidade alcançado pelo ordenamento normativo da Comunidade, reflectindo, ao mesmo tempo, a importância protagonizada pelo direito no quadro do processo da construção europeia.

---

<sup>187</sup> A título de exemplo, ver Shapiro, M., "The European Court of Justice", in Sbragia, A. M. (Editor), *Euro-Politics - Institutions and Policymaking in the "New" European Community*, The Brookings Institution, Washington D.C., 1992, p. 130; Moravcsik, A., *Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach*, *Journal of Common Market Studies*, 1993, p. 513; Burley, A.-M., Mattli, W., *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, International Organization, 1993, p. 68;

### 3. Aplicação material no direito comunitário

Traçada esta panorâmica da figura da preempção no direito comunitário poderemos então afirmar que, muito embora se trate de uma categoria jurídica formalmente desconhecida do ordenamento normativo da Comunidade, porque não mencionada explicitamente pelas suas principais fontes geradoras de direito, a preempção não é uma categoria jurídica estranha a este sistema jurídico. Deste facto nos deu conta uma importante literatura jurídica, que tivémos oportunidade de citar, a qual teve o mérito de identificar a operatividade desta figura no âmbito da actividade de interpretação e aplicação do direito comunitário desenvolvida pelo Tribunal de Justiça. Pelo que, quando falamos de preempção em direito comunitário, nos estamos a referir à chamada preempção implícita, ou seja à preclusão das competências normativas nacionais que resulta de uma decisão proferida pelo poder judicial.

Assim sendo, consideramos a figura da preempção - pese embora o facto do seu desconhecimento formal - como uma categoria jurídica que releva materialmente do direito comunitário, no sentido em que a ideia de fundo a que esta faz referência, a do afastamento das competências normativas dos Estados determinada pela actividade de um ordenamento jurídico com o qual se verifique uma situação de repartição vertical de competências, ser uma ideia que integra o património jurídico da Comunidade Europeia. Por este motivo, sustentamos que a preempção seja uma figura jurídica que, em termos materiais, conhece aplicação no ordenamento comunitário.

#### 3.1. âmbito de aplicação

Como dissémos, a preempção implícita corresponde a uma situação em que o poder judicial infere a preclusão das competências normativas dos Estados no quadro de um

determinado domínio de intervenção da Comunidade ou de um aspecto particular desse mesmo domínio. A afirmação de que as prerrogativas normativas dos Estados se encontram precludidas, por sua vez, é equivalente ao reconhecimento judicial de que, com referência a esse particular domínio de actuação, apenas a Comunidade detém a necessária competência normativa de intervenção. Ou seja uma matéria que, em todo o caso, se encontra submetida à exclusiva competência da Comunidade<sup>188</sup>. Assim, o conceito jurídico de preempção implícita pode ser reconduzível, do ponto de vista da produção dos seus efeitos jurídicos, a um tipo de construção judicial da exclusividade de competências normativas atribuídas à Comunidade.

Quando nos referimos à natureza jurídica das competências comunitárias, havíamos notado que do texto do Tratado não resultava a exclusividade de nenhuma das atribuições da Comunidade. Como então se afirmou, as chamadas áreas sujeitas à competência exclusiva da Comunidade - a política comercial comum e a política de conservação dos recursos biológicos marítimos - resultavam antes da interpretação que o Tribunal havia realizado das respectivas disposições do direito primário da Comunidade em que se procedia à atribuição de competências. Ou seja, que as competências exclusivas que a Comunidade possui são também, na sua génese, devidas a elaborações interpretativas do Tribunal de Justiça<sup>189</sup>. De um ponto de vista técnico-jurídico, poderemos considerar que o reconhecimento judicial da natureza jurídica exclusiva de tais competências será equivalente a uma afirmação de que, no tocante a essas matérias, os autores do Tratado entenderam que a Comunidade deveria proceder a uma ocupação plena daqueles terrenos normativos. Por outras palavras, poderíamos dizer que da interpretação textual e contextual das disposições do

---

<sup>188</sup> Bieber, R., *On the Mutual Completion of Overlapping Legal Systems: The Case of the European Communities and the National Legal Orders*, *European Law Review*, 1988, p. 153.

<sup>189</sup> Temple Lang, J., *European Community Constitutional Law: The Division of Powers Between the Community and the Member States*, op. cit., p. 211.



Tratado que conferem tais atribuições à Comunidade resulta que os Estados-membros devem ser considerados como absolutamente precludidos das suas prerrogativas normativas de actuação. Temos, portanto, uma situação que se pode designar como de preempção das correspondentes competências nacionais.

Neste sentido, entendemos que a figura da preempção, no direito comunitário, deve ser perspectivada como um conceito aberto, ou seja, que não se deve procurar restringir a sua aplicação às chamadas áreas de competência concorrente da Comunidade<sup>190</sup>. Em nossa opinião, é preferível um enunciado lato da categoria da preempção que inclua quer o chamado direito primário da Comunidade, quer também o seu direito derivado. O problema que se coloca a este entendimento consiste em saber se o mesmo não colide com a distinção existente entre competências exclusivas e competências concorrentes. Resposta que julgamos ser negativa. Com efeito, a consideração lata da preempção não pretende, nem poderia fazê-lo, apresentar-se como uma alternativa à dicotomia competências exclusivas / competências concorrentes. Pelo contrário, o entendimento alargado que defendemos afigura-se-nos como preenchendo uma função explicativa e, de certo modo, também complementar, da distinção fundamental resultante da dicotomia classificativa das competências da Comunidade. Na verdade, é pelo facto de se considerar que os autores do Tratado pretenderam ocupar todo o terreno normativo da política comercial e da conservação dos recursos marítimos que se declarou que tais competências se retinham como sendo exclusivas da Comunidade e, ao mesmo tempo, que a exclusividade destas atribuições consistia na preclusão das

---

<sup>190</sup> Para um entendimento da figura da preempção em direito comunitário confinado aos domínios de competência concorrente da Comunidade ver Lenaerts, K., "Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des États membres et la question de 'preemption'", op. cit., p. 43; Cross parece também preferir uma abordagem deste fenómeno limitada às competências concorrentes, ver Cross, E.J., *Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: a Framework for Analysis*, op. cit., p. 454.

precedentes competências normativas que os Estados exerciam naqueles domínios de intervenção. A particularidade destas situações reside, assim, no facto de a disposição que determina a preempção das competências nacionais ser uma norma pertencente ao chamado direito constitucional da Comunidade Europeia.

### *3.2. a metamorfose das competências concorrentes*

Para além deste nosso entendimento amplo da manifestação da figura da preempção no direito comunitário, o campo de actuação, por excelência, desta categoria reside nas chamadas competências concorrentes da Comunidade. A propósito da natureza jurídica das competências comunitárias, dissémos que as competências concorrentes da Comunidade poderiam sofrer uma espécie de metamorfose desta sua natureza. Tal metamorfose seria devida ao exercício de uma competência comunitária, de um modo que se retivesse como exaustivo, determinando por isso uma situação em que os Estados deixariam de poder actuar as suas prerrogativas nessa matéria. Verificar-se-ia, assim, uma situação em que se considerava que a Comunidade havia ocupado aquele domínio particular de actuação. Teríamos, portanto, um caso de preempção das competências nacionais que se manifestava sob a modalidade particular da ocupação do terreno normativo por parte da Comunidade.

Nestes casos, deparamos com uma situação em que a preempção das competências nacionais é imputável ao direito derivado comunitário. Em virtude da aprovação de actos jurídicos comunitários, adoptados em aplicação das disposições do Tratado, aspectos que relevavam da competência partilhada dos Estados são retirados da esfera jurídica de regulação destes últimos. Assim, a diferença fundamental da operatividade da preempção nas chamadas áreas de competência concorrente, relativamente às matérias submetidas à referida competência exclusiva da Comunidade, consiste em que, nas primeiras, a preclusão das

competências nacionais é determinada por normas do direito derivado comunitário, ao passo que, nestas últimas, o afastamento das competências dos Estados é directamente reportado às normas constitucionais da Comunidade. Em ambas as situações, porém, a preempção opera sempre através de uma declaração judicial do Tribunal de Justiça.

Relativamente às matérias que se encontram submetidas a uma competência concorrente entre a Comunidade e os Estados-membros, encontramos numerosas casos em que o Tribunal de Justiça declarou a preclusão das competências normativas dos Estados-membros. Tendo em conta a extensão e o interesse de uma tal jurisprudência, preferimos autonomizar o seu estudo na parte deste trabalho que lhe é especificamente consagrada e, para onde, naturalmente, remetemos para mais desenvolvimento. Especialmente, nos capítulos dedicados à jurisprudência proferida a propósito quer do artigo 36º do Tratado, quer das regulamentações comunitárias em matéria de organizações comuns de mercado no quadro da política agrícola comum, resulta com toda a evidência a dimensão preemptiva de muitas decisões do Tribunal de Justiça, as quais, recorrendo a diversas modalidades que esta categoria jurídica pode configurar, afirmaram frequentemente a inibição dos ordenamentos jurídicos nacionais de adoptarem medidas normativas nos domínios em causa.

Uma referência particular merece o acórdão proferido pelo Tribunal onde este órgão como que ensaiou uma espécie de formulação do relacionamento de tipo preemptivo que se pode estabelecer entre os ordenamentos jurídicos nacionais e comunitário no quadro das organizações comuns de mercado. No caso *CERAFEL*<sup>191</sup>, o Tribunal afirmou que os Estados não poderiam aplicar um qualquer tipo de regime normativo interno, no âmbito de uma organização de mercado, desde que a regulamentação desta última regulasse de forma exaustiva

---

<sup>191</sup> TJCE, 25 de Novembro de 1986, *CERAFEL contre Le Champion*, Processo 218/85, Recueil 1986, p. 3513.

idênticos aspectos do seu funcionamento, ou, que esse regime nacional contrariasse directamente o disposto por tais normas comunitárias ou, ainda, que de algum modo pudesse constituir um obstáculo ao bom funcionamento da organização de mercado<sup>192</sup>. Temos, portanto, um enunciado claro de três modalidades de preempção implícita que já tivémos oportunidade de referir: ocupação do terreno normativo, conflito directo de disposições normativas e conflito indirecto de normas. Assim sendo, este acórdão constitui demonstração eloquente da aplicabilidade material da figura da preempção pelo ordenamento comunitário.

Não será de estranhar, por isso mesmo, que o Juíz Federico Mancini, que anteriormente já havia desempenhado as funções de advogado-geral junto do mesmo Tribunal de Justiça, considere a preempção como uma das três principais doutrinas que permitiram a constitucionalização do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, num plano idêntico aos princípios do efeito directo e do primado do direito comunitário<sup>193</sup>. Em seu entender, a preempção desempenha um papel decisivo no sistema de repartição de competências e constitui um complemento essencial para a afirmação da supremacia da ordem jurídica comunitária.

A dúvida que esta afirmação do Juíz Mancini nos suscita reside em perceber por que motivos a doutrina da preempção nunca foi formalmente reconhecida pelo Tribunal de Justiça como sendo aplicável no direito comunitário, nem sequer foi alguma vez mencionada por este órgão, não obstante um dos seus membros mais ilustres se lhe referir nos termos que acabámos de citar. Onde, nos parece legítimo inferir que em torno da preempção existe como uma espécie de 'tabú' que impede o seu conhecimento formal pelo sistema comunitário, preconceito este que, em nosso entender, estará associado ao facto da preempção ser uma figura jurídica originária de um típico sistema federal, bem como ainda pela

---

<sup>192</sup> Idem, p. 3532, ponto nº 13.

<sup>193</sup> Mancini, G.F., *The Making of a Constitution for Europe*, Common Market Law Review, 1989, p. 603.

circunstância, da sua aplicabilidade implicar o reconhecimento formal de que o Tribunal de Justiça estaria dotado da autoridade suficiente para expropriar os Estados de um domínio, ou de aspectos parciais desse domínio, de intervenção das competências normativas nacionais.

#### 4. O interesse da doutrina da preempção

Nas entidades dotadas de um sistema jurídico composto - como é o caso da Comunidade Europeia onde a plena operatividade do seu ordenamento normativo se encontra dependente do relacionamento que este estabeleça com a ordem jurídica dos Estados-membros - a repartição de competências suscita, naturalmente, problemas de definição dos limites materiais da actuação normativa de cada um dos sujeitos envolvidos nesse processo. Tais problemas tenderão a acentuar-se na medida em que a divisão das competências se realize com base na ideia de uma actividade regulatória de natureza concorrente. Na verdade, quando nos deparamos perante duas entidades que se encontram dotadas de poderes normativos sobre um mesmo domínio de actuação, necessariamente se colocam problemas relativos à compatibilidade das regras jurídicas adoptadas por cada um dos ordenamentos em presença. Isto quer se trate de conflitos de normas, quer se trate de conflitos de competências<sup>194</sup>. Poderíamos mesmo afirmar que esta questão é inerente à própria existência de uma realidade jurídica caracterizada por uma partilha material de competências normativas de intervenção.

##### 4.1. conflitos de normas e conflitos de competências

O Tratado de Roma não contém nenhuma disposição específica destinada a resolver os conflitos que se suscitem entre normas provenientes do direito comunitário e normas adoptadas pelo direito nacional. Porém, e como tivémos oportunidade de referir, uma tal situação foi superada por via da declaração judicial do princípio do primado do ordenamento comunitário. Assim, a afirmação pelo Tribunal

---

<sup>194</sup> Jacobs, F., Karst, K., "The 'Federal' Legal Order, The USA and Europe compared: A juridical perspective", in Cappelletti, M., Seccombe, M., Weiler, J., *Integration Trough Law*, Volume 1, Book 1, Walter de Gruyter, Berlin, 1986, p. 225.

de Justiça do primado do direito comunitário permitiu a identificação de um critério jurídico para a resolução dos conflitos de normas surgidos em virtude da aplicação do ordenamento da Comunidade<sup>195</sup>. Como então também dissémos, a supremacia é uma característica do ordenamento comunitário que se deve considerar independentemente dos critérios tradicionais de interpretação do direito atinentes à hierarquia das normas, à sucessão das leis no tempo e ao princípio de que lei especial derroga lei geral, os quais se retêm como critérios apenas aplicáveis no âmbito de um mesmo ordenamento jurídico, não sendo transponíveis para o quadro do relacionamento de duas diferentes ordens jurídicas<sup>196</sup>. Diga-se ainda que, para além deste entendimento tendencialmente absolutista do princípio do primado, se deve considerar que a supremacia das normas comunitárias opera quer nas chamadas áreas de competência exclusiva da Comunidade, quer nos domínios em que esta detém apenas uma competência concorrente com a dos Estados.

Do mesmo modo que sucede com os conflitos de normas, o Tratado de Roma não contém nenhuma disposição relativa à resolução dos chamados conflitos de competências que devam surgir entre o ordenamento da Comunidade e a ordem jurídica dos Estados. Porém, e diferentemente dos conflitos de normas, o alcance dos chamados conflitos de competências cinge-se, por natureza, às chamadas matérias que relevam da competência concorrente da Comunidade. Na verdade, nos domínios submetidos à sua competência exclusiva não se pode falar de conflitos de competências, na medida em que a competência regulatória da Comunidade é a única competência tolerada e os Estados apenas são admitidos a emanar disposições normativas quando dotados de uma habilitação específica por parte da Comissão ou, excepcionalmente,

---

<sup>195</sup> No caso *Walt Wilhelm*, o Tribunal declarou expressamente que os conflitos entre a regra comunitária e as regras nacionais devem ser resolvidos pela aplicação do princípio do primado da norma comunitária. Cfr. TJCE, 13 de Fevereiro de 1969, *Walt Wilhelm contre Bundeskartellamt*, processo 14/68, Recueil 1969, p. 15, ponto n.º 6.

<sup>196</sup> Cfr. Pescatore, P., *L'Ordre Juridique des Communautés Européennes - Étude des sources du droit communautaire*, op. cit., p. 261.

enquanto gestores do interesse da Comunidade. De qualquer modo, nestas situações não se trata do exercício de uma verdadeira e própria competência dos Estados, pelo que se deve afastar a eventualidade da superveniência de um conflito de competências<sup>197</sup>.

A distinção entre os conflitos de normas e os conflitos de competências é um assunto que tende a esbater-se em virtude da tendência existente para a resolução destes últimos pela aplicação do princípio do primado do direito comunitário, o que, na prática, acaba por ter um impacto redutor sobre a natureza específica deste tipo de conflitos. Com efeito, de uma perspectiva técnico-jurídica os conflitos de competências podem ser reportados à incidência do princípio do primado, em virtude da dimensão vertical que este imprime à repartição material de competências. Assim, as competências normativas de actuação dos Estados estariam, elas próprias, também, dependentes da aplicação da primazia do ordenamento comunitário. Porém, de um ponto de vista jurídico-político, esta solução não se afigura como apresentando uma resposta que se possa considerar satisfatória. Na verdade, o primado do direito comunitário foi enunciado pelo Tribunal de Justiça, e aceite pelo sistema jurídico dos Estados, como critério aplicável à resolução de todos os conflitos entre normas comunitárias e nacionais. Neste sentido, os órgãos jurisdicionais supremos dos Estados admitem que a norma comunitária possa primar sobre qualquer tipo de norma do seu direito nacional. Contudo, este alcance do princípio do primado não permite que ele, razoavelmente, solucione, para além dos conflitos de normas, os conflitos de competências entre a Comunidade e os Estados. Com efeito, a aplicação do primado à resolução dos conflitos de competências favorece soluções de afastamento das competências nacionais em benefício da

---

<sup>197</sup> Muñoz Machado, S., "Los Principios de Articulacion de las Relaciones entre Derecho Comunitario y el Interno y las Garantías Jurisdiccionales para su Aplicación Efectiva" in García de Enterría, E., González Campos, J. D., Muñoz Machado, S., (Dirigido por), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio Sistemático desde el Derecho Español)*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 541.



competência comunitária<sup>198</sup>, quer em virtude do seu carácter unilateral e absoluto, quer pelo facto de se atender apenas às disposições do ordenamento da Comunidade.

Em nossa opinião, o interesse do recurso à figura da preempção passa por uma distinção clara entre conflitos de normas e conflitos de competências. Os conflitos de normas, como se viu, têm a sua resolução nos termos que decorrem da aplicação do princípio do primado do direito comunitário. Os conflitos de competências, por seu turno, têm sido objecto de um tratamento subalterno em relação aos conflitos de normas, na medida em que tendem a conhecer uma solução que é reportada à supremacia do ordenamento comunitário. Pensamos, todavia, que a lógica subjacente a uma tal assimilação deve ser refutada. E a razão porque recusamos a resolução dos conflitos de competências através da invocação do princípio do primado tem a ver, desde logo, com a salvaguarda deste mesmo princípio. Na verdade, o primado é um dos fundamentos da ordem jurídica comunitária. Um dos alicerces do processo de constitucionalização do direito comunitário. E como tal deve permanecer. Todavia, a sua formulação nos termos amplos que tivémos oportunidade de referir exige que a sua invocação seja feita com a necessária cautela, de modo a que não possa ser posta em causa a essencialidade da sua função no contexto do ordenamento comunitário.

Assim, em todos os casos em que não se nos depare um puro conflito entre normas nacionais e comunitárias, mas, sim, uma situação caracterizada pela existência de um conflito de competências, será preferível fazer uso de um modo de resolução do conflito que evite a invocação do primado do direito comunitário. Desta forma, poderá introduzir-se certa subtilidade na aplicação deste princípio, como reparo dos custos decorrentes de uma sua excessiva utilização no

---

<sup>198</sup> No mesmo sentido, Lenaerts, K., *Le Juge et La Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'Ordre Juridique Européen*, op. cit., p. 540; também, Temple Lang, J., *European Community Constitutional Law: The Division of Powers between the Community and Member States*, op. cit., p. 229.

confronto da ordem jurídica dos Estados-membros, em questões tão delicadas como as que se perfilam nos litígios em torno da delimitação material de competências entre o ordenamento comunitário e os ordenamentos nacionais. Diga-se, ainda, que esta solução permitiria sublinhar a especificidade dos ditos conflitos de competências, bem como dos interesses que subjazem ao seu modo de resolução.

Por outro lado, se atendermos à extensão das competências atribuídas à Comunidade, à ideia geral de partilha de competências que caracteriza a própria atribuição e à importância fulcral que o problema da repartição material das competências concorrentes desempenha actualmente no sistema comunitário não se pode deixar de admitir que os conflitos de competências constituem um problema básico do ordenamento da Comunidade. Problema básico porque, em nosso entender, é necessário encontrar mecanismos de relacionamento entre o direito comunitário e os direitos nacionais que, por um lado, não ponham em causa os fundamentos da ordem jurídica comunitária, em particular o princípio do primado e, por outro lado, não atentem ulteriormente às competências normativas dos Estados. É neste contexto que nos cumpre invocar a preempção. Não a preempção entendida enquanto figura a que se recorre para declarar a preclusão das competências dos Estados, mas sim as construções jurídicas que se realizaram das várias modalidades que esta figura pode assumir, devidas à jurisprudência proferida pela Supreme Court dos Estados Unidos e que podemos designar como a doutrina da preempção. Modalidades essas que enquadram as formas possíveis de relacionamento que se podem estabelecer na divisão de competências entre dois níveis de actuação que se encontram verticalmente posicionados.

O alargamento da afirmação judicial de tais modalidades de relacionamento das prerrogativas normativas da Comunidade e dos Estados-membros a todos os domínios considerados como sendo de competência partilhada - visto que o Tribunal de Justiça já enumerou a sua aplicação a propósito da divisão

de competências que se realiza no âmbito das organizações comuns de mercado<sup>199</sup> - permitiria, por certo, contribuir para uma melhor compreensão do problema da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados, matéria esta que, como sabemos, permanece envolvida por uma enorme nuvem cinzenta, que corresponde à indefinição existente a propósito do exercício efectivo a que os Estados podem submeter as matérias onde detêm competência conjunta com a Comunidade. Neste sentido, o interesse da adopção da chamada doutrina da preempção não se limitaria apenas a contribuir para uma maior clarificação do problema da repartição de competências mas, viria preencher, ainda, um espaço que permanece vazio no sistema jurídico comunitário.

#### *4.2. axiologia da doutrina da preempção*

A aplicação da doutrina da preempção à resolução judicial dos conflitos de competências entre as ordens jurídicas nacionais e comunitária é uma questão que suscita algumas reflexões sobre a perspectiva seguida para a delimitação da fronteira de competências entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros. Como se viu, aquando da análise desta figura no sistema jurídico norte-americano, as diferentes modalidades que a doutrina da preempção reveste traduzem, elas próprias, concepções distintas do modo de operar a repartição vertical de competências. Ou seja, as várias modalidades que integram esta doutrina reflectem valores diversos na apreciação da alocação de competências entre o poder central e as unidades constituintes. Por este facto, importa que nos detenhamos um pouco sobre a axiologia subjacente às modalidades que a figura da preempção pode revestir. Com efeito, o seu uso no direito comunitário é susceptível de se reflectir no equilíbrio das competências conferidas à Comunidade.

---

<sup>199</sup> Cfr. acórdão proferido no caso *CERAFEL*, já citado.

#### 4.2.1. ocupação do terreno normativo

Tivemos oportunidade de referir que a chamada ocupação do terreno normativo é a modalidade de preempção das competências dos Estados a que mais frequentemente o Tribunal de Justiça recorre. A ocupação do terreno normativo corresponderia à ideia de que o exercício das competências da Comunidade, através da adopção de actos de direito derivado, determinaria o afastamento das prerrogativas normativas que os Estados deteriam em relação a esses aspectos específicos da actuação da Comunidade. A ocupação desse terreno normativo por parte da Comunidade seria devida, na linguagem do Tribunal, ao carácter exaustivo das normas comunitárias ou, outras vezes, ao facto de uma tal regulamentação dever ser entendida como um sistema completo de regras jurídicas que não permite aos Estados nenhum tipo de actividade normativa.

Numa perspectiva axiológica, a ocupação do terreno normativo é a modalidade de preempção que maior dano provoca à esfera de competências dos Estados. A sua utilização determina o inexorável afastamento das prerrogativas normativas que os Estados mantinham sobre a regulação de uma determinada área até então considerada como sendo de regulação partilhada entre os ordenamentos nacionais e comunitário. É, portanto, uma modalidade de preempção imbuída de um juízo de valor exclusivista, porque tende a afastar a concorrencialidade normativa vigente. Neste sentido, a ocupação do terreno normativo transporta consigo uma deslocação de competências. Na medida em que o Tribunal declare a preempção das competências nacionais em favor da Comunidade, a ocupação do terreno normativo é uma modalidade de aplicação desta figura que favorece o referido processo de centralização das competências comunitárias.

Por outro lado, a ocupação do terreno normativo é uma modalidade de aplicação da figura da preempção que pressupõe uma grande margem de discricionariedade judicial

na apreciação da delimitação vertical de competências. É neste sentido que entendemos a referência de Lenaerts de que o Tribunal de Justiça havia privilegiado um entendimento do conteúdo dos actos comunitários em que se favorecia a declaração do seu carácter exaustivo<sup>200</sup>. Este autor referia, também, que a afirmação da exaustividade dos actos comunitários era, em boa medida, uma consequência dos métodos básicos de interpretação utilizados pelo Tribunal, em particular, do recurso a uma leitura extensiva das disposições do direito comunitário e da interpretação restritiva dos preceitos que fixavam as competências dos Estados-membros. De igual modo, considerava Lenaerts, quanto maior fosse o grau de abstracção empregue pelo Tribunal na análise do conflito de competências regulatórias que se lhe depara, mais fácil seria a afirmação da ocupação do terreno normativo por parte das normas comunitárias<sup>201</sup>.

Em termos explicativos, poderíamos tentar encontrar uma razão que justificasse o favorecimento de uma perspectiva de ocupação do terreno normativo seguida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Tal explicação seria possível, em nosso entender, pelo recurso ao chamado 'paradoxo de Weiler'. Na verdade, verificámos como o ordenamento comunitário desconhece a figura da preempção expressa, ou seja, a preclusão das competências normativas dos Estados que decorreria da vontade explícita do legislador. Tal situação deve-se ao facto de a fase decisória do processo legislativo da Comunidade ser da responsabilidade única do Conselho, instituição representante dos interesses dos Estados-membros, e estes se recusarem a adoptar disposições que representem uma auto-expropiação da sua esfera de actuação normativa.

---

<sup>200</sup> Lenaerts, K., *Le Juge et La Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'Ordre Juridique Européen*, op. cit., p. 537 e 554. No mesmo sentido, Cross, E.J., *Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: a Framework for Analysis*, op. cit., p. 471.

<sup>201</sup> Lenaerts, K., *Le Juge et La Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'Ordre Juridique Européen*, op. cit., p. 546.

Assim, e em face de um contexto político-legislativo dominado pelo elemento inter-governamental, o Tribunal de Justiça teria uma maior propensão para compensar tal atitude dos Estados através de uma interpretação generosa das medidas que estabelecem os limites da actuação da Comunidade, que considere o carácter completo de tais disposições. Deste modo, teríamos que o Tribunal reporia o difícil equilíbrio no sistema comunitário, tal como se lhe refere Weiler, através de uma contraposição das potencialidades existentes no ordenamento normativo - a qual passaria pela adopção da modalidade interpretativa que consagra um entendimento mais amplo da figura da preempção - aos tímidos textos legislativos que resultariam do seu processo de decisão.

#### 4.2.2. conflito indirecto

Nas situações de conflito indirecto - as quais equivalem à chamada *obstacle conflict* da doutrina da preempção no direito norte-americano - a preclusão das competências dos Estados dever-se-ia ao facto de as medidas normativas nacionais constituírem um obstáculo à realização dos objectivos prosseguidos através da adopção das normas comunitárias. Não se trata de uma incompatibilidade directa entre o conteúdo de uma e outra regra jurídica, mas apenas de uma situação de dificuldade na realização plena das finalidades estipuladas pela norma comunitária em virtude da aplicação das medidas nacionais. Por este motivo, retém-se que a regulação que os Estados fazem de tal situação material deve ser objecto de preclusão pelo direito comunitário.

Sem dúvida alguma, que a aplicação desta modalidade de preempção implícita provoca menor lesão da esfera de actuação normativa dos Estados do que um juízo fundado na ocupação do terreno normativo. O recurso ao conflito indirecto pressupõe que se abandone a perspectiva da repartição vertical de competências, segundo a qual a

adopção de normas pela Comunidade, nos domínios objecto de uma competência partilhada com os Estados, se destinaria a substituir as prerrogativas normativas até então consentidas a estes últimos. Trata-se, portanto, de uma modalidade de resolução dos conflitos de competências cujos efeitos práticos de aplicação não se traduzem no reconhecimento de uma competência regulatória exclusiva em benefício de um dos ordenamentos jurídicos em presença, contrariamente ao que sucede com o recurso à ocupação do terreno normativo.

Porém, e apesar da lógica que enforma esta modalidade de preempção ser bem diversa daquela que inspira a da ocupação do terreno normativo, o chamado conflito indirecto transporta consigo um aspecto que não permite que o consideremos como a técnica que melhor cuida da preservação das competências dos Estados. Com efeito, vimos como a manutenção destas competências depende de as mesmas não serem julgadas como constituindo um obstáculo à realização dos objectivos prosseguidos pelas normas comunitárias. Ora, a apreciação judicial deste requisito é uma questão que desfruta de uma grande margem de discricionariedade pois que, no limite, a decisão que vier a ser proferida pelo Tribunal dependerá largamente do método de interpretação utilizado. Tendo o Tribunal de Justiça manifestado uma grande propensão para interpretar de um modo extensivo e teleológico as disposições do direito comunitário, com o resultado de alargar o seu âmbito potencial de aplicação, as hipóteses de as normas nacionais serem consideradas como obstaculizando o efeito das disposições do ordenamento comunitário aparecem francamente aumentadas. Assim, o conflito indirecto afigura-se como uma modalidade preemptiva cujos resultados dependem em larga medida dos métodos de interpretação utilizados, bem como do grau de abstracção empregue para inferir de eventuais conflitos de competências. Por outro lado, esta técnica de preempção pode ser utilizada de forma que consinta uma certa amoldação judicial do conteúdo das disposições em conflito

de modo a permitir alcançar um determinado sentido decisório.

#### 4.2.3. conflito directo

Resta-nos agora aludir à última das modalidades possíveis de aplicação da doutrina da preempção, o chamado conflito directo de competências. Nas situações em que se verifique uma incompatibilidade funcional entre o disposto por uma medida normativa comunitária e o conteúdo de uma regra nacional, que se ocupe da regulação de um mesmo objecto material, estaríamos diante de um conflito directo do exercício das competências, respectivamente, da Comunidade Europeia e dos Estados. Nestes casos, o conflito em análise deveria ser resolvido através da preempção da competência normativa nacional que legitima o Estado-membro em causa à invocação de um tal preceito.

Claramente, esta modalidade preemptiva é aquela que provoca um menor impacto na esfera normativa dos Estados. O único fundamento para impedir aos Estados de legislarem sobre um determinado aspecto que releve de um domínio de competência partilhada com a Comunidade reside no facto de se verificar um contraste directo entre as disposições normativas provenientes dos dois níveis de regulação. Em todas as demais situações, retem-se que o direito comunitário, e em particular o exercício das competências materiais que relevem do seu domínio de actuação, não ameaçam a autoridade normativa dos Estados. Assim, o conflito directo é o modo de dirimir os litígios relativos a problemas de delimitação vertical de competências que melhor tutela a preservação de uma situação caracterizada pela existência de competências concorrentes ou partilhadas. Em resultado da sua aplicação, o instituto da preempção não poderá, por certo, ser considerado como configurando uma qualquer espécie de ameaça à manutenção das competências dos Estados.



Refira-se, ainda, que em termos técnico-jurídicos esta modalidade preemptiva pode ser utilizada de forma a contornar os eventuais malefícios decorrentes de uma excessiva discricionariedade de apreciação judicial. Com efeito, o verdadeiro teste para a aceitação da competência regulatória nacional consiste numa análise da compatibilidade funcional das disposições emanadas pelos dois ordenamentos normativos. Assim, e desde que se demonstre a possibilidade de dar cumprimento razoável às exigências formuladas por ambos os níveis de regulação, não se afiguraria que subsistisse qualquer motivo para excluir as faculdades normativas que assistem aos Estados. No fundo, um tal raciocínio implicaria que o direito comunitário aceitasse o princípio da complementaridade dos esforços normativos empreendidos pelos ordenamentos nacionais, em termos que, no plano comunitário se definiria um núcleo de providimentos comuns, permitindo-se ulteriormente aos Estados a adopção de medidas internas que enquadrassem essa base comunitária às exigências particulares sentidas no âmbito do seu território, bem como aos níveis de protecção demandados pelas respectivas sociedades.

## 5. A preempção e o princípio da subsidiariedade

Após esta análise da figura da preempção, importa agora confrontá-la com uma outra ideia estruturante da actuação de competências pelo ordenamento comunitário: o princípio da subsidiariedade. Preempção e subsidiariedade são dois conceitos que, no plano do direito comunitário, relevam de uma mesma origem comum, a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros. Por este motivo, cumpre indagar sobre o possível relacionamento que se possa estabelecer entre estas duas categorias jurídicas, bem como saber quais as implicações que decorrem, para a aplicação da doutrina da preempção, da adopção pelo Tratado de Maastricht do princípio constitucional da subsidiariedade.

Vimos anteriormente qual havia sido o contexto político-normativo que determinou a consagração do princípio da subsidiariedade na ordem jurídica comunitária. Dissémos, então, que a introdução da subsidiariedade visaria estancar o fluxo de centralização que a dinâmica do processo de integração havia imprimido à repartição material de competências entre a Comunidade e os Estados. Esta perspectiva da função da subsidiariedade no ordenamento comunitário decorre não apenas das circunstâncias de facto e de direito, que precederam a sua adopção, como também dos próprios termos da sua consagração no texto da carta constitucional comunitária.

Por seu turno, a preempção era uma figura jurídica cuja utilização, recorde-se, andava associada à ideia de preclusão das competências normativas dos Estados, nos domínios que relevavam da regulação concorrente dos principais actores do processo político comunitário, por efeito do exercício de competências por parte da Comunidade. Uma tal expropriação das competências nacionais não se limitava apenas a reflectir uma transferência de atribuições da periferia para o centro do sistema comunitário, como provocava, ainda, um dano irreversível na

esfera normativa dos Estados. Nesse sentido, ousámos classificar a preempção, entendida deste modo, como a categoria jurídica que melhor expressava a lógica de centralização que caracterizou o mecanismo de repartição de competências até à aprovação do Tratado de Maastricht.

Assim, parece resultar um evidente antagonismo entre o princípio da subsidiariedade - nos termos em que este foi inscrito no texto do Tratado da União - e a ideia de preempção das competências nacionais, tal como esta era maioritariamente entendida pela literatura jurídico-comunitária. Díríamos, até, que a subsidiariedade foi um instrumento jurídico inscrito no direito constitucional comunitário com a finalidade de contrariar certo tipo de tendências centrípetas causadas pela aplicação do conteúdo material de determinadas figuras técnicas como a da preempção. Portanto, subsidiariedade e preempção são figuras que podemos classificar, num primeiro momento, como sendo inspiradas por considerações diametralmente opostas.

Porém, temos vindo a desenvolver toda a nossa análise em torno de uma distinção fundamental. Por um lado, apresentamos a ideia de preempção, ou a figura da preempção, como fundada na possibilidade que assiste ao ordenamento comunitário de precluir os Estados do exercício de certas competências normativas. Por outro lado, temos pretendido oferecer uma visão mais alargada do fenómeno da preclusão de competências, ou seja, através do recurso à chamada doutrina da preempção, inspirada pela jurisprudência da *Supreme Court* norte-americana. Como se viu, a vantagem de uma tal formulação reside no facto de ela tentar compreender as relações de competências que se estabelecem entre dois ordenamentos normativos recorrendo a uma metodologia plural de abordagem.

Assim, para além de constatarmos a aparente antinomia entre a ideia de preempção e o princípio de subsidiariedade, deveremos prosseguir a nossa análise do relacionamento deste princípio com cada uma das principais modalidades

preemptivas, ou seja, ocupação do terreno normativo, conflito indirecto e conflito directo. O nosso objectivo consiste em indagar se alguma destas modalidades enunciadas da doutrina da preempção se apresenta como alternativa válida para a abordagem dos conflitos de competências entre a Comunidade e os Estados-membros no novo contexto da repartição material de competências marcado pela aplicação do princípio da subsidiariedade.

#### *5.1. ocupação do terreno normativo e o princípio da subsidiariedade*

As considerações que fizémos sobre o relacionamento que se possa estabelecer entre a ideia de preempção e o princípio da subsidiariedade são inteiramente aplicáveis à modalidade de ocupação do terreno normativo. Na verdade, a ideia de preempção das competências nacionais, que dominou a literatura jurídico-comunitária, era praticamente coincidente com o conceito de ocupação do terreno normativo dos Estados em virtude do exercício das competências concorrentes comunitárias. Com efeito, havia uma forte propensão em tomar a parte pelo todo, a qual de algum modo se justificava pelo facto de a ocupação do terreno ser a modalidade preemptiva que, materialmente, melhor reflecte a ideia subjacente ao próprio conceito de preempção, isto é, a preclusão das prerrogativas normativas dos Estados.

Sendo a ocupação do terreno normativo a modalidade de preempção que mais favorece uma perspectiva centralizadora da repartição de competências, dificilmente a sua utilização como método comum para resolução judicial dos conflitos de competências entre a Comunidade e os Estados-membros se pode entender como compatível com a lógica decorrente da aplicação do princípio da subsidiariedade. Na verdade, o juízo que fundava a declaração de ocupação de um determinado aspecto pelas normas comunitárias apoiava-se, frequentemente, numa interpretação extensiva e teleológica das disposições do direito comunitário, e na consequente

interpretação restritiva dos preceitos que sustentavam as competências regulatórias dos Estados, elementos hermenêuticos estes que dificilmente se conciliam com o espírito da repartição de competências que a consagração do princípio da subsidiariedade pretendeu introduzir<sup>202</sup>.

Assim, e considerando que o recurso ao método fundado na ocupação do terreno normativo como que confere uma preferência em favor da utilização da competência comunitária, e em detrimento daquela dos Estados, pensamos que a sua aplicabilidade na resolução dos conflitos de competências deverá confinar-se, em obediência ao princípio da subsidiariedade, às situações em que a sua invocação se revele como sendo absolutamente indispensável. Estariam nestas situações, por exemplo, os casos em que fosse possível inferir uma tal intenção de ocupação do conteúdo do próprio acto normativo comunitário, tendo em conta a minúcia regulatória do seu articulado, em termos de se poder afirmar que o Conselho entendeu não deixar qualquer espaço para os Estados-membros adoptarem providimentos normativos com o mesmo objecto. Igualmente, nas situações em que o interesse comunitário se apresente de tal forma ponderoso e dominante que se retenha não se ter deixado qualquer margem de manobra para a tutela das especificidades inerentes aos diferentes interesses nacionais.

## *5.2. conflito indirecto e o princípio da subsidiariedade*

Na opinião de Cross, o conflito indirecto seria a modalidade de preempção que melhor respeitaria as exigências decorrentes da consagração do princípio da subsidiariedade na ordem jurídica comunitária pelo Tratado de Maastricht. Em seu entender, a adopção pelo Tribunal de Justiça de uma abordagem da resolução dos conflitos de

---

<sup>202</sup> Dehousse, R., "Community Competences: Are there Limits to Growth?", op. cit., p. 117.

competências, fundada no conflito indirecto, permitiria instaurar uma presunção em favor da validade das medidas nacionais e criar as condições para a preservação das competências normativas dos Estados-membros nos casos em que a Comunidade haja de exercer as suas atribuições em áreas em que não lhe foi conferida uma jurisdição exclusiva<sup>203</sup>.

Muito embora retenhamos o trabalho deste autor como um excelente estudo da preempção no direito comunitário, recorrendo para isso à doutrina desenvolvida pela Supreme Court norte-americana, e realizando um óptimo diagnóstico da sua aplicação ao ordenamento da Comunidade, porém, discordamos da terapêutica sugerida por Cross. Na verdade, a modalidade de conflito indirecto é uma solução que, no mínimo, consideramos como ambígua. Ou seja, os elementos que permitem uma derrapagem de tipo centralizador na utilização da chamada ocupação do terreno normativo encontram-se também presentes numa análise baseada no conflito indirecto de competências entre a ordem jurídica comunitária e a dos Estados. Com efeito, nesta modalidade preemptiva, o escrutínio judicial da validade das disposições nacionais assenta no facto de estas não deverem constituir obstáculo à realização das finalidades prosseguidas pelas normas comunitárias em confronto. Ora, sabemos como o Tribunal de Justiça propendia a fornecer uma perspectiva de tipo maximalista do alcance das disposições do direito comunitário sempre que recorria aos sólitos elementos de interpretação extensiva e teleológica. Assim, e na medida em que seja possível alargar o âmbito de aplicação das normas comunitárias, aumenta-se necessariamente o risco de colisão com a disposições emanadas ao nível do aparelho normativo nacional e, diminui correspondentemente, a possibilidade de sobrevivência destas últimas.

---

<sup>203</sup> Cross, E.J., *Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: a Framework for Analysis*, op. cit., p. 470.

Donde, não nos resultar que o conflito indirecto seja a abordagem que menor dano provoca à preservação das competências nacionais, no âmbito dos domínios sujeitos à regulação concorrente, objectivo este que decorre da consagração do princípio da subsidiariedade na ordem jurídica comunitária. Aliás, esta nossa crítica tem em conta a própria experiência norte-americana de aplicação desta modalidade preemptiva e os indesejáveis efeitos que a mesma provoca em virtude de uma possível manipulação judicial do alcance das disposições normativas<sup>204</sup>.

### *5.3. conflito directo e o princípio da subsidiariedade*

Resta-nos, então, analisar a conformidade da abordagem preemptiva fundada no conflito directo, na resolução dos conflitos de competências entre os ordenamentos jurídicos da Comunidade e dos Estados-membros, com as implicações decorrentes da consagração do princípio da subsidiariedade no direito comunitário. Já referimos como esta metodologia era a que, em termos axiológicos, menor impacto causava na esfera normativa dos Estados-membros. Donde, o seu provável alinhamento com os propósitos jurídico-políticos que conduziram à inscrição da subsidiariedade no Tratado de Maastricht.

Na verdade, a aplicação do princípio da subsidiariedade no ordenamento jurídico da Comunidade pressupõe, para além do problema da determinação do nível regulatório de actuação, a questão da intensidade de intervenção das normas comunitárias. Quanto a este último aspecto, o respeito da subsidiariedade implica o abandono da lógica favorecedora de uma quase completa homogenização normativa em que assentava a interpretação dos actos jurídicos comunitários, mesmo aqueles que resultavam apenas do processo de harmonização de legislações. Numa Comunidade Europeia

---

<sup>204</sup> Cfr. Rothschild, D.P., *A Proposed "Tonic" with 'Florida Lime' to Celebrate our New Federalism: How to Deal with the 'Headache' of Preemption*, University of Miami Law Review, 1984, p. 854.

alargada a um número de membros superior ao dobro daqueles que constituíram o seu núcleo inicial, é natural que a sua actividade regulatória não possa mais reflectir uma exigência de uniformidade, mas, deva antes aceitar a diversidade e pluralidade de soluções normativas inerentes não só ao seu acrescido número de membros, como também à expansão que se registou das suas áreas de intervenção<sup>205</sup>. O abandono do paradigma da homogenização normativa, próxima da uniformidade, em benefício de uma situação de abertura perante uma diversidade de soluções regulatórias, desde que fundadas num sólido corpo de princípios comuns, reflecte-se na impossibilidade de uma lógica de solução dos conflitos de competências através do recurso à chamada ocupação do terreno normativo e na consequente necessidade de utilização de uma metodologia respeitadora dessa mesma diversidade, que, em nossa opinião, é representada pela modalidade preemptiva do conflito directo.

Em nosso entender, o conflito directo constitui ainda a metodologia apropriada para o enquadramento de dois valores decorrentes da consagração do princípio da subsidiariedade: a concorrência entre as ordens as jurídicas nacionais e comunitária; e a afirmação da compatibilidade entre disposições normativas como paradigma de resolução dos conflitos de competências. Vejamos seguidamente cada um destes dois aspectos.

#### 5.3.1. concorrência entre ordens jurídicas

Os conflitos de competências entre as ordens jurídicas nacionais e comunitárias tendiam a ser decididos pela invocação directa do princípio do primado e da consequente afirmação da ocupação do terreno normativo por parte das normas comunitárias. Assim, nas áreas de concorrência

---

<sup>205</sup> Weatherill, S., "Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community" in O'Keeffe, D., Twomey, P. M., *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing, London, 1994, p. 19.



partilhada, não se poderia falar da existência de uma verdadeira concorrência entre ordens jurídicas, como já se referiu, mas sim, de uma situação onde o exercício de competências pelas autoridades nacionais estaria sempre condicionado pela actuação normativa das instâncias comunitárias. Segundo Norbert Reich, a introdução do princípio da subsidiariedade no ordenamento da Comunidade implicaria a aceitação de uma perspectiva mais competitiva do modo de relacionamento entre as ordens jurídicas nacionais e comunitária, situação esta que qualifica como de *interbrand competition*<sup>206</sup>. A concorrência entre estas ordens jurídicas, sugerida pelo novo princípio constitucional em matéria de alocação de competências no sistema comunitário, permitiria o reconhecimento de uma maior autonomia normativa aos Estados-membros nas áreas objecto de uma intervenção de tipo regulatório por parte da Comunidade<sup>207</sup>.

Na verdade, tratar-se-ia de extrair todas as implicações da existência de uma situação de competências concorrentes, aceitando uma maior competitividade de soluções normativas entre os ordenamentos nacionais e comunitário e concedendo um maior espaço de actuação regulatória às autoridades dos Estados. Com efeito, Reich refere que nas áreas de actuação da Comunidade que revistam uma maior sensibilidade social, se afigura como uma escolha dificilmente realista a pretensão de imprimir uma orientação centralizadora ao esforço normativo comunitário. Quanto mais não fosse, pelo facto de a Comunidade Europeia funcionar como uma espécie de grande 'mercado sem um governo' de direito<sup>208</sup>.

O ordenamento da Comunidade, em virtude do princípio da subsidiariedade, deverá fundar a sua filosofia normativa de actuação de modo a privilegiar a adopção de providimentos

---

<sup>206</sup> Reich, N., *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, *Common Market Law Review*, 1992, p. 864.

<sup>207</sup> Weatherill, S., "Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community" *op. cit.*, p. 28.

<sup>208</sup> Reich, N., *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, *op. cit.*, p. 889.

regulatórios descentralizados, ou seja, emanados pelas ordens jurídicas nacionais. Abandonando a pretensão de precluir aos Estados um número crescente de aspectos que relevavam da sua tradicional intervenção normativa. Assim, a lógica que deve enformar o esforço regulatório da Comunidade deverá assentar na aprovação de um corpo comum de disposições que estabeleçam um parâmetro mínimo de protecção ao nível central, permitindo subsequentemente aos Estados a adopção das medidas que entendam ser mais adequadas à tutela da diversidade económica, social e cultural do seu espaço físico de aplicação<sup>209</sup>. Uma tal orientação permitirá, adicionalmente, realizar uma maior competitividade entre os diversos ordenamentos jurídicos envolvidos na procura das melhores soluções normativas e flexibilizar os mecanismos de resposta do legislador às novas necessidades geradas pelo contínuo progresso tecnológico<sup>210</sup>.

O limite da aceitação de um sistema normativo comunitário fundado na competitividade entre ordens jurídicas residiria nas eventuais distorções de concorrência causadas pelo seu próprio funcionamento<sup>211</sup>. Ou seja, tais distorções poderiam advir da propensão dos Estados-membros para a não implementação do corpo normativo comum, da sua eventual incorrecta transposição para o direito nacional ou, ainda, da adopção pelas ordens jurídicas nacionais de procedimentos que violassem o disposto pelas regras comuns da Comunidade. Todas estas hipóteses configuram situações técnico-jurídicas substancialmente idênticas àquelas que resultam do actual processo de harmonização de legislações, pelo que entendemos que a actuação dos mecanismos judiciais previstos no direito comunitário permitiria às instituições

---

<sup>209</sup> Cfr. Reich, N., *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, op. cit., p. 890; e também, Sun, J.-M., Pelkmans, J., *Regulatory Competition in the Single Market*, Journal of Common Market Studies, 1995, p. 88.

<sup>210</sup> Sun, J.-M., Pelkmans, J., *Regulatory Competition in the Single Market*, op. cit., p. 82.

<sup>211</sup> Reich, N., *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, op. cit., p. 877.

da Comunidade eliminar tais distorções de concorrência e não consentir que estas pudessem constituir uma ilícita vantagem competitiva para a economia dos Estados infractores.

### *5.3.2. o paradigma da compatibilidade*

A concorrência entre ordens jurídicas, tal como a acabamos de referir, é uma abordagem das formas de relacionamento entre o direito nacional e o direito comunitário que se coloca de um modo essencialmente prospectivo. Ou seja, é uma sugestão de estratégia normativa que o ordenamento comunitário deve adoptar em vista da sua conformidade às obrigações decorrentes da aplicação do princípio da subsidiariedade. Donde, o seu carácter alternativo ao entendimento dominante sobre a função da harmonização de legislações na Comunidade a qual estaria destinada, no seu modelo tradicional, a substituir as prerrogativas regulatórias dos Estados. Muito embora subsista uma certa margem de divergência, no seio dos proponentes de uma concorrência entre ordens jurídicas, quanto ao alcance das disposições normativas comunitárias e, em particular, sobre se estas deverão constituir um tronco mínimo comum harmonizado e ser posteriormente objecto de medidas nacionais de carácter complementar<sup>212</sup>, ou, se deverão apenas garantir as condições para fazer operar o reconhecimento mútuo entre as diversas disposições normativas nacionais e aceitando de uma forma mais alargada o desafio resultante da implementação de uma pura competitividade regulatória de matriz neo-liberal<sup>213</sup>, o facto é que esta discussão se situa fundamentalmente no plano da reestruturação da estratégia normativa da Comunidade.

---

<sup>212</sup> Reich, N., *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, op. cit., p. 890.

<sup>213</sup> Streit, M.E., Mussler, W., *The Economic Constitution of the EC - From "Rome" to "Maastricht"*, *European Law Journal*, 1995, p. 27.

Porém, e independentemente da estratégia regulatória que a Comunidade possa adoptar no futuro, coloca-se o problema de saber quais as implicações resultantes da introdução do princípio da subsidiariedade nas relações que se estabeleçam entre o imenso edifício normativo comunitário e a ordem jurídica dos Estados. Quanto a este aspecto, pensamos que a consagração da subsidiariedade, muito embora respeitando o acervo comunitário vigente, não pode deixar de determinar uma maior intervenção normativa dos Estados nas áreas objecto de uma prévia actuação da Comunidade. Na verdade, as considerações que fizemos sobre os propósitos de descentralização do exercício das competências e tutela das diversidades nacionais, em virtude do novo princípio constitucional, são também aplicáveis a estas situações<sup>214</sup>. Em nossa opinião, a resolução dos conflitos de competências surgidos em resultado de um tal tipo de pretensões regulatórias nacionais deverá ser superada por via do recurso à modalidade preemptiva fundada no chamado conflito directo. Ou seja, aos Estados-membros seria reconhecida a faculdade de adoptarem providimentos normativos em matérias que tivessem sido alvo de intervenção da Comunidade, desde que as medidas nacionais se revelassem compatíveis com o disposto pelas normas comunitárias.

Com efeito, a compatibilidade entre as disposições normativas provenientes das ordens jurídicas nacionais e comunitária poderia ser o paradigma ideal para a redescoberta do alcance da regulação comunitária após a introdução do princípio da subsidiariedade pelo Tratado de Maastricht<sup>215</sup>. Através da adopção da ideia de compatibilidade permitir-se-ia o abandono da lógica exclusivista a que conduzia a ocupação do terreno normativo. Aos Estados-membros seria, assim, reconhecida a

---

<sup>214</sup> No mesmo sentido, Schwarze, J., *The Distribution of Legislative Powers and the Principle of Subsidiarity: the Case of Federal States*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1995, p. 728.

<sup>215</sup> Cfr., Joerges, C., "European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty", in Dehousse, R. (edited by), *Europe After Maastricht - An Ever Closer Union?*, Law Books in Europe, München, 1994, p. 51.

faculdade de adoptarem todos os providimentos normativos que entendessem oportunos, para além do disposto pela harmonização comunitária, desde que se revelasse possível dar cumprimento simultâneo às exigências estipuladas por ambos os níveis de regulação. A conformidade das medidas nacionais com o direito comunitário estaria, então, dependente da possibilidade prática de realização deste duplo exame de cumprimento - por parte dos destinatários das normas - dos comandos jurídicos emanados por cada uma das ordens jurídicas em presença.

Diga-se, ainda, que a ideia de compatibilidade encontra algum apoio no próprio texto do Tratado. Com efeito, as disposições atributivas de competências à Comunidade em matéria de ambiente e de defesa dos consumidores, as quais como vimos evidenciam uma orientação favorável ao exercício subsidiário da competência comunitária, ambas estipulam a compatibilidade como critério de validade da adopção de medidas nacionais que complementem o disposto pelas normas comunitárias<sup>216</sup>. Assim, a generalização da admissibilidade da adopção de medidas nacionais que se revelassem compatíveis com as regras comunitárias, em todo o âmbito das competências concorrentes da Comunidade, mais não faria do que receber uma orientação já seguida pelo direito constitucional da Comunidade nos domínios onde a subsidiariedade foi prescrita desde o início.

---

<sup>216</sup> Artigo 129º-A, n.º 3, quanto à defesa dos consumidores e artigo 130º-T em matéria de ambiente.



### **PARTE III**

**A jurisprudência do Tribunal de Justiça  
relativa à preempção das competências  
nacionais**





## Capítulo I

### A reserva de competências nacionais do artigo 36º

O artigo 36º do Tratado de Roma estabelece uma reserva de competência normativa em favor dos Estados-membros na regulação do comércio intra-comunitário. Esta reserva de competências nacionais refere-se à eliminação das restrições quantitativas à importação, bem como de todas as medidas consideradas como de efeito equivalente, prescrita pelo artigo 30º, no âmbito do princípio geral da livre circulação de produtos. Como se verá adiante, a propósito do acórdão *Keck et Mithouard*, a definição do conceito de medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas em matéria de livre circulação acarreta profundas implicações a nível da delimitação da esfera de competências entre a Comunidade e os Estados-membros. Por maioria de razão, também o problema do conteúdo preciso desta reserva de competências nacional assume particular significado em sede da repartição vertical de competências, na medida em que, apresentando-se o artigo 36º como uma espécie de reverso da medalha do disposto no texto do artigo 30º, lógico se afigura que a definição do seu alcance constitua um elemento central para a compreensão dos contornos da temática subjacente à delimitação da fronteira de competências entre a Comunidade e os Estados-membros<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para uma análise da delimitação vertical de competências entre a Comunidade e os Estados no quadro dos artigos 30º-36º do Tratado, ver López Escudero, M., *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Universidad de Granada, 1991, p. 204 a 326.

Quanto à natureza desta reserva de competências, refira-se que ela permite aos Estados de, no respeito das exigências estipuladas pelo artigo 36º, adoptarem unilateralmente medidas que derroguem o regime estabelecido pelas regras fundamentais relativas à liberdade de circulação, sem necessidade de prévia autorização por parte das instituições comunitárias competentes. Diferentemente do que sucede com outros preceitos, como o do artigo 115º do Tratado, onde a sua actuação pelos Estados depende do respeito do procedimento de autorização que se desenrola perante a Comissão<sup>2</sup>. Pelo que, se pode assim estabelecer a diferença entre o conteúdo de uma reserva de competências - como aquela prevista pelo artigo 36º - e o de uma cláusula de salvaguarda - do tipo do artigo 115º do Tratado - em termos que, através da primeira se pretende confiar aos Estados uma verdadeira e própria competência normativa, ao passo que através das cláusulas de salvaguarda as suas intervenções regulatórias estão condicionadas à obtenção do acordo de uma terceira entidade. Porém, o Tribunal fez questão de frisar que as competências que os Estados exercem ao abrigo do artigo 36º não se devam considerar como relevando exclusivamente da sua esfera de jurisdição<sup>3</sup> o que significa, a contrario, que declara os domínios elencados naquela disposição do Tratado como matérias de competência partilhada entre a Comunidade e os Estados.

## **I. Características**

Para a definição do conteúdo, significado e alcance do artigo 36º - e à semelhança de tantas outras matérias do direito comunitário - é necessário que recorramos à jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça, pois, a invocação deste conceito depende em absoluto do recorte casuístico determinado em função da sua aplicação judicial.

---

<sup>2</sup> Cfr. Mattera, A., *Le marché unique européen - Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, 2ª édition, Paris, 1990, p. 583.

<sup>3</sup> TJCE, 5 de Outubro de 1977, *Carlo Tedeschi contre Denavit Commerciale s.r.l.*, Processo 5/77, Recueil 1977, p. 1576, ponto nº 34.

Uma primeira característica que a jurisprudência identifica na definição dos contornos do artigo 36º é a de que este preceito deve ser objecto de interpretação restritiva<sup>4</sup>, a qual, por seu turno, poderíamos dizer que assume um duplo sentido: por um lado, é de considerar o carácter taxativo dos motivos<sup>5</sup> que favorecem a permanência das competências normativas nacionais invocados no corpo do mesmo artigo afastando, deste modo, a possibilidade de proceder à sua aplicação analógica<sup>6</sup>; por outro lado, o conteúdo do artigo 36º não pode ser objecto de qualquer esforço de interpretação extensiva, como o demonstra a jurisprudência do Tribunal referente às excepções à liberdade de circulação de mercadorias fundadas em exigências imperativas, as quais o órgão jurisdicional comunitário preferiu, por coerência com esta linha interpretativa, fazer reportar directamente ao artigo 30º<sup>7</sup> - relativo ao conceito de medidas de efeito equivalente - do que ao artigo 36º, que se ocupa do enunciado dos aspectos susceptíveis de derrogar ao princípio geral da livre circulação.

Poderíamos afirmar que, de par com esta interpretação restritiva do artigo 36º, o Tribunal de Justiça manifesta grande imutabilidade na jurisprudência proferida sobre o recorte conceptual da reserva de competências normativas nacionais em matéria de livre circulação de produtos. Na verdade, se se analisar o conjunto da jurisprudência

---

<sup>4</sup> Pode-se dizer que é inúmera a jurisprudência do Tribunal de Justiça que refere este aspecto do artigo. A título meramente exemplificativo, veja-se o acórdão de 19 de Março de 1991, no caso *Comissão/Grécia*, Processo C-205/89, Recueil 1991, p. I-1377, ponto nº 9, em que o Tribunal se refere ao artigo 36º como uma excepção à regra da liberdade de circulação de mercadorias.

<sup>5</sup> Cfr. Druésne, G., *Droit matériel et politiques de la Communauté européenne*, Presses Universitaires de France, 2ª édition, Paris, 1991, p. 69.

<sup>6</sup> Cfr. Moitinho de Almeida, J.C., *Direito Comunitário - A ordem jurídica comunitária, as liberdades fundamentais*, Centro de Publicações do Ministério da Justiça, Lisboa, 1985, p. 324.

<sup>7</sup> Cfr. Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H., Vandersanden, G., *Commentaire Maignet - Le Droit de la CEE*, Vol. 1, Éditions de l'Université de Bruxelles, deuxième édition, 1992, p. 271.

comunitária relativa a este preceito<sup>8</sup> verificamos como o órgão jurisdicional comunitário declara, de um modo que diríamos quase inalterável, uma doutrina constante ao longo da grande maioria dos seus acórdãos proferidos no quadro desta área específica do Tratado de Roma. A qual, como se sabe, constitui uma componente essencial da elaboração dos direitos de conteúdo material inseridos na carta constitucional comunitária, tal como esta tem vindo a ser interpretada pelo Tribunal de Justiça.

### **1. A precariedade das competências nacionais**

Uma outra característica que ressalta da análise jurisprudencial deste artigo do Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia é a natureza temporária com que o Tribunal encara as competências normativas que os autores do Tratado reservaram aos Estados seus signatários. Na verdade, o Tribunal de Justiça tem uma perspectiva que, em termos jurídicos, poderíamos considerar como que a termo certo - muito embora de verificação incerta - das prerrogativas estaduais constantes do artigo 36<sup>o</sup>. De facto, nos processos submetidos à sua apreciação, tanto no âmbito do artigo 169<sup>o</sup>, como nas questões prejudiciais suscitadas pelas jurisdições nacionais, o Tribunal de Justiça usa repetidamente expressões do tipo "no estado actual do direito comunitário, o qual não compreende regras comuns sobre esta matéria"<sup>9</sup> - ou, "na falta de harmonização no

---

<sup>8</sup> Refira-se que o artigo 36<sup>o</sup> do Tratado foi objecto de numerosos acórdãos relativos à sua implementação. Num comentário a este artigo, publicado em 1992, G. Bonet dava conta de que o artigo 36<sup>o</sup> havia sido objecto de mais de cento e trinta decisões do Tribunal de Justiça. Cfr. Constantinesco, V., Jacqué; J.-P., Kovar, R., Simon, D., *Traité instituant la CEE - Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992, p.177.

<sup>9</sup> Cfr., a título meramente ilustrativo, acórdão de 25 de Julho de 1991, *Aragonesa de Publicidad Exterior SA et Publivia SAE contre Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, Processos apensos C-1/90 e C-176/90, Recueil 1991, p. I-4185, ponto n<sup>o</sup> 16; e também acórdão de 11 de Maio de 1989, *Procédure*

plano comunitário"<sup>10</sup>, ou ainda, "enquanto essas questões não forem reguladas pela legislação comunitária"<sup>11</sup> - "pertence aos Estados-membros tomar as medidas necessárias para assegurar a protecção" dos interesses referidos no corpo do artigo 36°. Expressões estas que, diríamos, reflectem de modo claro aquilo a que Bengoetxea designa como o referido critério dinâmico utilizado pelo Tribunal de Justiça na interpretação do Tratado<sup>12</sup>.

Assim, as competências que o Tratado de Roma procurou manter na esfera de intervenção nacional, em matéria de livre circulação de produtos, são entendidas na jurisprudência proferida pelo Tribunal de modo precário, no sentido em que apenas caberá aos Estados-membros a adopção de iniciativas normativas em favor da tutela dos valores expressamente consignados no artigo 36°, na medida em que a Comunidade não tenha ainda curado ela própria desses mesmos valores. Ou seja, existe um salto na lógica argumentativa do Tribunal o qual pressupõe a aplicação da ideia de supremacia do direito comunitário no confronto do direito dos Estados, em termos que, se o primeiro se ocupar da regulação dessas mesmas questões tal implicará a exclusão normativa do segundo, atenta a primazia absoluta da ordem jurídica comunitária. Donde ressalta a natureza temporária ou, se quisermos, a visão precária com que o Tribunal de Justiça pretende caracterizar a reserva de competências com que o Tratado procurou resguardar os Estados. Reserva esta que se deve, provavelmente, à circunstância de os seus autores terem julgado que seriam os Estados as entidades melhor posicionadas para adoptar as disposições necessárias

---

*pénale contre Esther Renée Wurmser, veuve Bouchara, et société Norlaine*, Processo 25/88, Recueil 1989, p. 1128, ponto n° 12.

<sup>10</sup> Cfr., a título meramente exemplificativo, acórdão de 19 de Março de 1991, no caso *Comissão/Grécia*, Processo C-205/89, Recueil 1991, p. I-1377, ponto n° 7.

<sup>11</sup> Cfr., por exemplo, acórdão de 18 de Maio de 1989, *The Queen contre Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers et autres*, Processos apensos 266 e 267/87, Recueil 1989, p. 1328, ponto n° 21.

<sup>12</sup> Bengoetxea, J. *The Legal Reasoning of the European Court of Justice - Towards a European Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 251-53.

em vista da defesa, no interior do seu território, de questões tão sensíveis como a ordem pública, a saúde pública e demais outras ali mencionadas, num contexto geral marcado por uma desejável e sã livre circulação.

*1.1. a harmonização de legislações como elemento preclusor das competências previstas no artigo 36º*

Temos, então, que decorre desta característica de precariedade das competências nacionais reservadas pelo artigo 36º que, relativamente a cada uma das áreas específicas de intervenção da Comunidade Europeia, em determinado momento se verifica um elemento preclusor de tais prerrogativas normativas estaduais. Qual seja esse elemento é também um aspecto que encontramos abundantemente referido nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça a propósito deste preceito. Nos termos duma jurisprudência constante, emanada desde o final da década de setenta, nos acórdãos *Tedeschi*<sup>13</sup>, *Ratti*<sup>14</sup> e *Denkavit*<sup>15</sup>, o recurso ao artigo 36º, por parte dos Estados-membros, deixa de se considerar como justificado a partir do momento em que sejam adoptadas directivas comunitárias de harmonização<sup>16</sup>, em vista da protecção dos valores enunciados na reserva de competências, bem como no estabelecimento de procedimentos de controlo do respeito destas mesmas disposições, em aplicação do disposto no artigo 100º do Tratado. Portanto, o Tribunal considera, fundado na sua interpretação teleológica e consequencialista das disposições do Tratado, que a partir do momento em que a Comunidade adopta directivas para a aproximação das medidas nacionais - de

---

<sup>13</sup> TJCE, 5 de Outubro de 1977, *Carlo Tedeschi contre Denkavit Commerciale s.r.l.*, Processo 5/77, Recueil 1977, p. 1577, ponto nº 35.

<sup>14</sup> TJCE, 5 de Abril de 1979, *Pubblico Ministero contre Ratti*, Processo 148/78, Recueil 1979, p. 1629.

<sup>15</sup> TJCE, 8 de Novembro de 1979, *Denkavit Futtermittel GmbH contre Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen*, Processo 251/78, Recueil 1979, p. 3369.

<sup>16</sup> Cfr. Moitinho de Almeida, *Direito Comunitário - A ordem jurídica comunitária, as liberdades fundamentais*, op. cit., p. 339.

carácter legislativo, regulamentar ou administrativo - que tenham incidência sobre o funcionamento da livre circulação de mercadorias, os Estados-membros deixarão de poder continuar a invocar a reserva de competência normativa que o Tratado lhes confere<sup>17</sup>. Isto porque, a lógica dinâmica em que repousa a interpretação deste preceito do Tratado conduz a uma visão em que, necessariamente, as regras comunitárias relativas às liberdades fundamentais deverão assegurar-se da sua prevalência absoluta relativamente a quaisquer outras; e a harmonização de legislações é entendida como um instrumento de apoio ao reforço destas características do ordenamento jurídico comunitário. Dir-se-ia, deste modo, que as referidas directivas de harmonização, adoptadas com base no artigo 100º do Tratado e, depois do Acto Único Europeu do artigo 100º-A, retiram, ou esvaziam, os Estados-membros de um núcleo de competências que os autores do Tratado de Roma entenderam manter na sua esfera de atribuições. Logo, as competências que a Comunidade exerce através da adopção de directivas de harmonização das legislações nacionais são susceptíveis de provocar a preempção das competências normativas dos Estados reservadas pelo artigo 36º do Tratado<sup>18</sup>.

Todavia, diga-se que o Tribunal introduziu uma importante distinção sobre a medida da preclusão das competências dos Estados em virtude do artigo 36º nas situações em que sobreveem uma directiva de harmonização. Essa distinção opera de modo particularmente evidente, embora de forma não exclusiva, no quadro da protecção da saúde pública, temática que ocupa um lugar de primeiro plano de entre o núcleo dos interesses enumerados pela reserva de competências das prerrogativas nacionais<sup>19</sup>. Tal distinção assenta no grau de aproximação efectuado pelas directivas

---

<sup>17</sup> Daniele, L., *Il Diritto Materiale della Comunità Economica Europea - Introduzione allo studio delle libertà di circolazione e delle politiche comunitarie*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 32.

<sup>18</sup> No mesmo sentido, López Escudero, M., *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, op.cit., p. 315-20.

<sup>19</sup> Cfr. acórdão de 8 de Abril de 1992, no caso Comissão/Alemanha, Processo C-62/90, Recueil 1992, p. I -2605, ponto nº 10.

comunitárias relativamente aos aspectos regulatórios que envolvem a produção e comercialização de um determinado sector de produtos. Assim, enquanto não se considerar que os actos normativos comunitários atingiram um nível completo<sup>20</sup> de regulação dessa área de actuação específica, tendo em conta, nomeadamente, o conjunto de valores susceptíveis de serem invocados pelos Estados em virtude do artigo 36º, o Tribunal tende a considerar que se mantêm as competências normativas nacionais nesse domínio, no respeito, porém, das exigências decorrentes da realização da livre circulação de mercadorias e, em particular, do disposto pelo próprio artigo 36º *in fine*<sup>21</sup>. Uma posição semelhante é a que o Tribunal adopta em face de situações que envolvem a tomada de decisões em áreas onde o conhecimento científico não atingiu ainda o grau de certeza necessário em vista da protecção adequada de interesses fundamentais como a saúde e a vida das pessoas<sup>22</sup>.

Diferentemente, quando o Tribunal de Justiça considera que os actos jurídico-comunitários de harmonização de legislações procederam a uma regulação completa de todos os aspectos susceptíveis de serem invocados pelos Estados como permitindo a sua intervenção normativa ao abrigo do artigo do 36º, então o órgão jurisdicional comunitário tende a precluir a possibilidade de os Estados poderem continuar a usar de tais prerrogativas regulatórias<sup>23</sup>. Verifica-se, assim, o afastamento das competências nacionais previstas pelo artigo 36º relativamente àquela área de intervenção específica abrangida pelo conteúdo da directiva. Temos, deste modo, uma situação em que o acto jurídico comunitário

---

<sup>20</sup> Cfr. acórdão de 16 de Abril de 1991, *Freistaat Bayern contre Eurim-Pharm GmbH*, Processo C-347/89, Recueil 1991, p. I-1770, ponto nº 26; também, acórdão de 20 de Junho de 1991, *Denkavit Futtermittel GmbH contre Land Baden-Württemberg*, Processo C-39/90, Recueil 1991, ponto nº 19.

<sup>21</sup> Cfr. acórdão de 7 de Novembro de 1989, *Procédure pénale contre H.F.M. Nijman*, Processo 125/88, Recueil 1989, p. 3548, ponto nº 14.

<sup>22</sup> Cfr. acórdão de 4 de Junho de 1992, *Procédures pénales contre Michel Debus*, Processos apensos C-13/91 e C-113/91, Recueil 1992, p. I-3640, ponto nº 13.

<sup>23</sup> Como resulta da análise que faremos adiante dos processos paralelos 28/84 e 195/84.



'ocupa o terreno normativo' que havia sido confiado aos Estados através da reserva de competências constante do artigo 36º do Tratado de Roma. Esta preclusão das atribuições normativas nacionais é, claramente, uma manifestação da preempção das competências estaduais em sede da livre circulação de mercadorias.

Mas como se viu, a lógica em que assenta o raciocínio relativo à aplicação da cláusula do artigo 36º favorece - à medida em que aumenta o processo regulatório de harmonização - o aparecimento de situações que tendem a ser consideradas como de harmonização completa, ou exaustiva<sup>24</sup>, expressão esta que em determinadas áreas de intervenção do direito comunitário equivale de modo bastante claro ao conceito que a Supreme Court dos Estados Unidos da América utiliza nas situações de *occupation of the field*<sup>25</sup>. Donde, nos parecer poder afirmar-se que a jurisprudência relativa ao artigo 36º não só revela uma aplicação clara da doutrina da preempção das competências dos Estados-membros, como traduz ainda a propensão de o Tribunal considerar que, potencialmente, o processo de harmonização de legislações esvazia os ordenamentos jurídicos nacionais das competências que lhes estariam reservadas pelo artigo 36º em virtude de o direito comunitário poder ocupar todo o terreno regulatório em causa.

#### *1.2. o regime previsto pelo artigo 100º-A nº4*

Convirá agora fazer referência ao nº 4 do artigo 100º-A do Tratado - artigo aditado em virtude das alterações introduzidas pelo Acto Único Europeu - que estabelece em favor dos Estados a possibilidade de um mecanismo

---

<sup>24</sup> Cfr., por exemplo, acórdão de 12 de Julho de 1988, Comissão/Reino Unido, Processo 60/86, Recueil 1988, p. 3935, pontos nº 11 e 12.

<sup>25</sup> López Escudero refere que o Tribunal adoptou uma concepção pragmática de preempção das competências residuais dos Estados, a qual depende do carácter exaustivo da regulamentação comunitária. Cfr. *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, op. cit., p. 321.

derrogatório do regime comunitário adoptado em sede de harmonização. Na verdade, esta disposição resultante do Acto Único pretendia compensar as preocupações sentidas pelos Estados<sup>26</sup> de abdicarem do controlo que exerciam sobre o processo de decisão - por via do requisito do voto por unanimidade - na passagem à nova fase inaugurada pelo artigo 100º-A que determina que as votações tendentes à harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros, com base neste preceito do Tratado, se realizem através do voto por maioria qualificada. Donde, a cedência feita pelo nº 4 que estabelece uma espécie de cláusula de salvaguarda em benefício dos Estados, permitindo-lhes aplicar disposições nacionais, em momento sucessivo ao processo de harmonização, desde que estas sejam justificadas pelas exigências enumeradas no artigo 36º, ou por outras relativas à protecção do meio de trabalho ou do meio ambiente, e respeitem na sua implementação os requisitos processuais definidos por aquele mesmo preceito do Tratado.

A questão que se pode colocar a propósito do artigo 100º-A nº4 é a de saber se a sua adopção no plano do direito primário da Comunidade prejudica quanto dissemos relativamente ao efeito que a harmonização de legislações teria sobre a preempção das respectivas competências nacionais nessas mesmas matérias. Será que o artigo 100º-A nº4 visa afastar a possibilidade de o processo de harmonização precluir as prerrogativas normativas dos Estados?<sup>27</sup> Pensamos que a resposta a esta questão tem que

---

<sup>26</sup> Cfr. Vignes, D., *Le Rapprochement des Legislations*, em Calleja, D., Vignes, D., Wägenbaur, R., *Commentaire Megret - Le Droit de la CEE*, Vol. 5, Éditions de l'Université de Bruxelles, deuxième édition, 1993, p. 324; Constantinesco, V., Jacqué, J.-P., Kovar, R., Simon, D., *Traité instituant la CEE - Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992, p. 568; Oliver, P., *Free Movement of Goods in the E.E.C. under articles 30 to 36 of the Rome Treaty*, European Law Centre Limited, London, 2nd Edition, 1988, p. 347-8, o qual refere que este preceito foi introduzido pelos próprios Chefes de Estado e de Governo no decurso da fase final da Conferência que aprovou o Acto Único Europeu.

<sup>27</sup> López Escudero considerava que o nº4 do artigo 100º-A enfermava de um forte defeito de técnica jurídica porque implicava o reconhecimento de um núcleo de matérias em relação às quais os

atender à natureza desta mesma disposição. E para isso socorremo-nos, obviamente, da jurisprudência proferida. No primeiro processo em que o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a aplicação deste preceito, caso *França/Comissão*<sup>28</sup>, o advogado-geral Tesouro, nas suas conclusões, teve o ensejo de precisar que o procedimento estabelecido no primeiro e segundo parágrafos deste preceito, o qual determina a obrigação dos Estados que pretendam fazer uso desta faculdade de notificarem previamente a Comissão do seu propósito, bem como a necessidade de aguardarem pela respectiva 'confirmação', constitui, para todos os efeitos, uma verdadeira e própria autorização<sup>29</sup> da Comissão aos Estados para aplicarem medidas que derroguem ao regime harmonizado. Entendimento este que o Tribunal expressamente consagrou<sup>30</sup> ao afirmar a sua leitura interpretativa do modo de implementação deste mesmo preceito.

Ora, em sede de aplicação da doutrina da preempção, resulta assim que as medidas que os Estados aplicam no âmbito do artigo 100-A n.º 4 não se devem considerar adoptadas em virtude do exercício de uma competência verdadeira e própria, ou seja, que releve da sua esfera de jurisdição, mas antes de uma competência alheia, motivo pelo qual lhes é imposto o referido mecanismo de autorização. Na verdade, não faria sentido que, se se considerasse que os Estados detinham ainda competências nesses domínios, submetê-los a

---

Estados deteriam competência exclusiva, na medida em que se impediria a preempção das respectivas normas nacionais. Em seu entender, este preceito constituía uma alteração grave do sistema de delimitação vertical de competências no âmbito da liberdade de circulação de mercadorias, porque o reconhecimento de uma tal competência exclusiva aos Estados contrastaria com a jurisprudência precedente do Tribunal que havia afirmado a preempção das competências nacionais. Cfr. López Escudero, M., *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, op. cit., p. 328-332. Como resulta da leitura do parágrafo subsequente, discordamos de uma tal interpretação do n.º 4 do artigo 100-A.

<sup>28</sup> TJCE, 17 de Maio de 1994, *Republique Française contre Commission des Communautés Européennes*, Processo C-41/93, Recueil 1994, p. I-1829.

<sup>29</sup> Conclusões apresentadas em 26 de Janeiro de 1994, Recueil 1994, p. I-1835, ponto n.º 8.

<sup>30</sup> Recueil 1994, p. I-1849, ponto n.º 30.

um processo de autorização deste tipo para o exercício de tais prerrogativas. Portanto, e regressando a uma classificação empregue nas conclusões do advogado-geral Tesouro, diríamos que o artigo 100º n.º4 institui uma cláusula de salvaguarda<sup>31</sup> em favor dos Estados. Atendendo ao que dissemos no início deste capítulo - a propósito da distinção entre esta figura jurídica e a reserva de competências constante do artigo 36º - afigura-se-nos que, na medida em que os poderes que os Estados actuam no âmbito do n.º4 do artigo 100º-A não sejam de considerar como o exercício de uma competência própria<sup>32</sup>, em virtude da exigência da autorização por parte de uma entidade externa, a introdução deste preceito pelo Acto Único Europeu não só não prejudica o nosso entendimento do efeito preemptivo causado pelo processo de harmonização, como ainda reforça quanto já tivemos oportunidade expôr.

## **2. O exemplo dos processos paralelos 28/84 e 195/84: invocação intempestiva da ideia de subsidiariedade**

Antes de iniciar a nossa apreciação crítica relativamente ao artigo 36º, pensamos que seja de grande interesse introduzir a jurisprudência que o Tribunal proferiu nos

---

<sup>31</sup> Recueil 1994, p. I-1834, ponto n.º 7.

<sup>32</sup> Um raciocínio idêntico se poderá aplicar às cláusulas de salvaguarda que frequentemente são empregues pelo legislador no texto das directivas de harmonização, em particular no âmbito da chamada harmonização técnica. Estas cláusulas consagram um procedimento de salvaguarda que, em face de situações de risco, e cuja verificação resultasse imprevisível aquando da aprovação directiva, permite aos Estados a adopção rápida dos providimentos necessários à defesa dos valores consagrados no artigo 36º, e em especial, a defesa da saúde pública. No entanto, a actuação dos Estados ao abrigo de tais procedimentos de salvaguarda está condicionada pela necessidade de obter a respectiva autorização da Comissão. Sobre a implementação destas cláusulas de salvaguarda, ver o acórdão Tedeschi, já citado, Recueil 1977, p. 1558 e segs.

processos paralelos 28/84<sup>33</sup> e 195/84<sup>34</sup>, não só pelo facto de a mesma ser plenamente demonstrativa de quanto acabamos de referir, mas também pelo motivo adicional de no primeiro destes casos uma das partes processuais - o governo alemão - ter feito uma invocação da ideia de subsidiariedade nas relações entre a Comunidade e os Estados. Com efeito, no processo *Comissão/R.F.A.*, discutia-se a conformidade de disposições de direito alemão, que estipulavam certos teores mínimos e máximos de ferro e sódio na composição dos alimentos destinados a animais, com três directivas comunitárias relativas, respectivamente, a aditivos, substâncias indesejáveis e alimentos compostos. No entender da Comissão estas três directivas constituiriam uma regulamentação completa e exaustiva de todos os aspectos referentes à produção e comercialização de alimentos compostos para animais, bem como das questões de saúde pública que pudessem ser suscitadas pela utilização de certo tipo de substâncias componentes, pelo que os Estados-membros seriam de considerar-se precludidos da faculdade de adoptarem medidas unilaterais nesta matéria.

O governo alemão usou de dois tipos de argumentos em sua defesa. O primeiro, muito interessante, podemos-lo reconduzir a uma invocação da ideia de subsidiariedade da intervenção comunitária, elemento verdadeiramente prenunciador da avaliação que os Estados-membros faziam do um confronto que se começava a delinear sobre o problema da delimitação de competências e que haveria de culminar com a consagração do princípio constante do segundo parágrafo do artigo 3º B do Tratado de Maastricht. Muito embora o governo alemão não invocasse directa e formalmente o princípio da subsidiariedade, que de resto não pertencia ainda ao núcleo de princípios gerais do direito comunitário, ele argumentava que segundo o princípio da proporcionalidade - entendido na sua forma de princípio da

---

<sup>33</sup> TJCE, 3 de Outubro de 1985, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, Recueil 1985 p. 3097.

<sup>34</sup> TJCE, 3 de Outubro de 1985, *Denkavit Futtermittel GmbH contre Land Nordrhein-Westfalen*, Recueil 1985 p. 3181.

intervenção menos radical possível - na interpretação dos actos de direito comunitário derivado que interferissem com a soberania dos Estados-membros, deveria ser concedida preferência à interpretação que reduzisse essa mesma intervenção ao mínimo indispensável<sup>35</sup>. Como se vê, trata-se de um afloramento bem preciso da ideia de subsidiariedade, muito embora apresentada sob a veste do princípio da proporcionalidade, ao tempo já reconhecido pelo Tribunal como um dos princípios gerais da ordem comunitária<sup>36</sup>, e que não deixa de nos recordar as afinidades existentes entre estes dois princípios jurídicos<sup>37</sup>. Na verdade, a aplicação do princípio da proporcionalidade, que constitui uma dimensão essencial da jurisprudência relativa ao artigo 36º<sup>38</sup>, limita-se a fazer a verificação da ideia de proporcionalidade no tocante ao conteúdo das medidas nacionais, através da realização um *balancing test* em que se ponderam, de um lado, o interesse comunitário relativo à liberdade de circulação e, do outro lado, as pretensões dos Estados em assegurar a protecção dos interesses gerais referidos pelo artigo 36º<sup>39</sup>. Um teste de sentido idêntico nunca foi realizado no que respeita ao conteúdo das disposições de direito comunitário, justamente pelo facto de as mesmas serem supostas implementar o princípio geral da livre circulação e, por este facto, merecerem uma interpretação que favorece o sentido integracionista. No fundo, uma eventual aplicação da ideia de proporcionalidade às medidas comunitárias poder-nos-ia reconduzir a um resultado próximo daquele que se alcançaria através da aplicação do princípio da subsidiariedade, tal como este resulta do texto do Tratado da União Europeia. No entanto,

---

<sup>35</sup> Recueil 1985, p. 3118.

<sup>36</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade enquanto princípio geral do direito comunitário, ver Schwarze, J., *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 1992, p. 708-866.

<sup>37</sup> Cfr. Snyder, F., *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in Martin, S. (editor), *The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994, p. 197-225, a pags. 201-203.

<sup>38</sup> Moitinho de Almeida, J.C., *Direito Comunitário - A ordem jurídica comunitária, as liberdades fundamentais*, op. cit., p. 331.

<sup>39</sup> Lopez Escudero, M., *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, op. cit., p. 396.

quando se fala de proporcionalidade - em sede do artigo 36º - tende-se a perspectivar este princípio de um modo unilateral, ou seja, de forma a escrutinar apenas a validade das normas nacionais com o seu conteúdo, não se alargando este mesmo exame no confronto das medidas adoptadas no plano comunitário.

Em relação a este mesmo argumento, o Tribunal limitou-se a dizer que um tal método de interpretação desconhecia o facto de que as directivas em causa constituíam um elemento de política agrícola comum e, que, portanto, deveriam ser interpretadas à luz dos seus objectivos que consistiam na valorização da produção animal no conjunto da Comunidade segundo normas comuns, e de eliminar em simultâneo os obstáculos resultantes das disparidades existentes nas várias legislações nacionais sobre a matéria<sup>40</sup>. Uma justificação que se nos afigura pouco convincente, porque desconhece por completo a essência do argumento invocado, mas demonstrativa do facto de que nem sempre a ideia de subsidiariedade ter estado presente no espírito da jurisprudência do Tribunal. Por isso pensamos que uma resposta tão desfocada sobre o argumento apresentado pelo governo alemão se configura, nos nossos dias, como altamente improvável.

O segundo tipo de argumentos apresentado pelo governo alemão incidia sobre a interpretação das disposições jurídicas em apreço, defendendo as autoridades deste Estado que, na medida em que a questão objecto de regulamentação pelo seu direito interno não era regulada pelas directivas comunitárias, a competência em causa pertenceria ainda aos Estados-membros<sup>41</sup>. Para além disso, como se tratava de um domínio relativo à preservação da saúde dos animais, o artigo 36º do Tratado atribuía aos Estados uma explícita reserva de competência sobre estas matérias a qual, em seu

---

<sup>40</sup> Recueil 1985, p. 3122, ponto nº 22.

<sup>41</sup> No processo 195/84, o *Land Nordrhein-Westfalen*, parte no processo principal, defendia que não se poderia impedir o legislador nacional de ocupar um domínio não regulado pelas directivas, Recueil 1985, p. 3194.

entender, teria também sido reafirmada pelo artigo 3º da directiva relativa aos alimentos compostos. O Tribunal, no acórdão que proferiu, considerou que as três directivas em causa formavam um sistema coerente relativo à produção e comercialização de alimentos compostos para animais, e que tais directivas regulavam exaustivamente<sup>42</sup> a questão da utilização de aditivos e substâncias indesejáveis, pelo que, nestes termos, a medida introduzida pelas autoridades alemãs seria de considerar como atentatória da repartição de competências estabelecida pelas directivas em virtude do Tratado<sup>43</sup>. No tocante às competências reservadas pelo artigo 36º do Tratado em favor dos Estados-membros em matéria de protecção de saúde dos animais, o Tribunal considerou que, de acordo com a sua jurisprudência afirmada, na medida em que as directivas regulavam de modo exaustivo o problema do uso de aditivos e substâncias indesejáveis, os Estados-membros deixariam de poder invocar uma tal reserva de competência em seu benefício<sup>44</sup>. Portanto, deparamos com uma decisão em que o Tribunal se assume em favor de uma interpretação das disposições do direito comunitário derivado que ocupe todo o terreno da regulação relativa aos alimentos compostos para animais, precludindo os Estados da faculdade de poderem adoptar qualquer tipo de medidas nesta matéria - ainda que as normas comunitárias não visassem de modo específico essas mesmas questões - e considerando o órgão jurisdicional comunitário que as medidas introduzidas pelas autoridades nacionais violavam a repartição de competências fixada pelas directivas. Ou seja, a adopção destas directivas teria produzido a preempção das competências estaduais relativas à protecção da saúde dos animais, expressamente salvaguardadas por uma disposição de ordem constitucional, pelo que qualquer medida de direito nacional sobre esta matéria violaria o novo limite de competências estabelecido por tais directivas.

---

<sup>42</sup> Recueil 1985, p. 3123, ponto nº 26.

<sup>43</sup> Recueil 1985, p. 3123, ponto nº 28.

<sup>44</sup> Recueil 1985, p. 3123, ponto nº 25.



### 3. Crítica

Esta perspectiva precária que o Tribunal tem do conteúdo do artigo 36º, bem como o facto de considerar a harmonização de legislações como um elemento preclusor da reserva de competências nacionais, suscita-nos algumas observações. Desde logo, e em termos puramente jurídicos, pensamos que o processo de harmonização de legislações previsto pelo Tratado, se bem que de capital importância para a remoção de barreiras nacionais ao funcionamento do mercado interno, se coaduna dificilmente com uma situação em que os Estados veêm, em absoluto, precludidas as suas competências de actuação normativa em todo o espaço de intervenção da Comunidade. Ou, quando tal fenómeno ainda se não verificou, sobre eles paira a ameaça da sua realização, em virtude da concepção precária da reserva de competências do artigo 36º. Uma tal perspectiva das prerrogativas nacionais, que conduz ao afastamento das atribuições estaduais, parece-nos incompatível com a natureza profunda do fenómeno da harmonização de legislações o qual se pauta por um esforço de aproximação dos elementos regulatórios fundamentais em vista da prossecução de determinados objectivos, mas que não pode significar, certamente, a preclusão de competências das autoridades nacionais, pois, numa tal situação se trataria sim de uniformizar em vez de harmonizar. Tanto é que, o próprio artigo 100º do Tratado de Roma prescreve a directiva como o instrumento normativo que a Comunidade deverá empregar no esforço de harmonização<sup>45</sup>. E as directivas constituem, seguramente, a primeiríssima manifestação jurídica da ideia de subsidiariedade no processo de integração europeia, não

---

<sup>45</sup> Registe-se, porém, que do texto do artigo 100º-A nº1, resultante das alterações introduzidas pelo Acto Único Europeu, se afastou a referência às directivas enquanto categoria de acto normativo prescrito para o processo de harmonização, mencionando-se apenas que o Conselho adoptará as 'medidas' relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros. Sobre esta alteração, ver Vignes, D., *Le Rapprochement des Legislations*, op. cit., p. 320-2.

obstante o uso desvirtuado que em certos casos se fez deste tipo de acto jurídico comunitário<sup>46</sup>.

Uma outra observação tem que ver com a técnica de delimitação de competências empregue pelo Tribunal na sua jurisprudência. Se por um lado estamos em crer que o problema da preempção de competências se afigura como uma consequência necessária do relacionamento vertical de ordenamentos jurídicos distintos, julgamos, todavia, que a dificuldade que se coloca em relação à orientação em análise, não incide tanto sobre a questão de em certas situações se verificar a preempção das competências dos Estados, mas sobre o modo como se faz operar a preempção. Na realidade, com a posição que decorre da sua perspectiva sobre aquela reserva de competências, assente no carácter temporário das competências estaduais, o Tribunal tende a receber as medidas comunitárias adoptadas naqueles domínios como disposições que se destinam a ocupar o terreno normativo até ali reservado aos Estados e, à medida que as regras europeias vão sendo emanadas, estas determinam o afastamento gradual das competências residuais nacionais. Assim, o Tribunal adopta uma perspectiva da delimitação de competências constante do artigo 36º que preenche, largamente, um entendimento fundado na ocupação do terreno normativo. Como se viu, esta é a modalidade de preempção que maior dano provoca na preservação das competências dos Estados.

#### **4. Alternativa proposta**

---

<sup>46</sup> Paolo Mengozzi considera ilegítimas as situações em que o Tratado prescreve o uso das directivas como instrumento normativo, e nas quais as instituições comunitárias procuram actuar uma uniformidade regulatória a nível comunitário, através do conteúdo destes actos, por forma a limitar a margem de discricionariedade dos Estados-membros. Cfr. Mengozzi, P., *Il Diritto Della Comunità Europea*, CEDAM, Padova, 1990, p. 145.

Ora, é justamente este efeito corrosivo das prerrogativas normativas nacionais que, no momento actual, se pretende evitar. Desde logo, porque a consagração do princípio constitucional da subsidiariedade<sup>47</sup> no corpo do Tratado da União Europeia assim o postula. Na verdade, pensamos que este princípio tenha sido inserido no Tratado para obviar à crescente erosão das competências nacionais a que vínhamos assistindo desde a década de setenta. E não esqueçamos que o seu âmbito de aplicação material incide sobre as chamadas áreas de competência partilhada, nas quais se incluem, como se viu anteriormente, as matérias enunciadas pela reserva de competências em análise.

Que fazer, então, em sede de interpretação do artigo 36º? Existirá alguma alternativa para a resolução do problema preemptivo que não conduza ao esvaziamento gradual das competências nacionais? Pensamos que sim. Em nosso entender, uma tal alternativa pode conseguir-se através de uma alteração da abordagem preemptiva nesta matéria. Como se viu da análise que fizemos da doutrina da preempção nos Estados Unidos, não é esta figura em si própria que determina uma visão redutora da margem de manobra regulatória dos Estados, mas, antes, as suas modalidades de aplicação. Assim, a aplicação continuada de uma argumentação jurídica fundada na *occupation of the field* por parte do direito comunitário tem um impacto notável sobre a privação, ou melhor dizendo, a expropriação de competências dos Estados-membros. Mas se se enveredasse por uma abordagem diferente da delimitação de competências no âmbito do artigo 36º poder-se-iam alcançar resultados que menos penalizassem a esfera das atribuições normativas nacionais. Seria o que aconteceria se o Tribunal no exame que profere nos seus acórdãos usasse de uma abordagem centrada na conformidade, em concreto, das medidas nacionais com as disposições comunitárias adoptadas em sede

---

<sup>47</sup>Lenaerts, K., Van Ypersele, P., *Le Principe de Subsidiarité et son Contexte: Etude de l'Article 3 B du Traité CE*, Cahiers de Droit Européen, 1994, p. 10.

de harmonização. Se dessa análise resultasse que as normas nacionais - muito embora estabelecessem exigências diferentes das regras comunitárias - prosseguiam objectivos legítimos enquadráveis num dos motivos enunciados no artigo 36º, que não contrariavam directamente nenhuma das disposições da directiva comunitária de harmonização, no sentido em que se provaria ser possível cumprir com as exigências resultantes do dispositivo de cada uma das ordens jurídicas em confronto, e que tais medidas nacionais cumpriam os requisitos decorrentes do princípio da proporcionalidade<sup>48</sup> - nos termos em que este é aplicado pela jurisprudência do Tribunal relativa ao artigo 36º - não vemos qualquer razão que justifique a interdição dos Estados de poderem emanar tais disposições normativas.

Portanto, não existindo conflito entre as normas provenientes de cada um dos ordenamentos jurídicos em presença, não seria de aceitar que os Estados não pudessem regular essas mesmas questões. Uma orientação inspirada na modalidade de *conflict preemption*, do direito federal norte-americano. Aliás, esta parece-nos constituir uma abordagem não só mais conforme com uma filosofia de delimitação de competências que evite as derrapagens centralizadoras, mas um modo mais flexível de a jurisprudência do Tribunal poder suportar as necessárias actualizações normativas decorrentes da evolução do conhecimento científico e do processo tecnológico as quais, pela própria natureza do modo de decisão comunitário, conhecem tempos de resposta mais céleres no plano nacional.

Uma última observação, de natureza estritamente técnico-jurídica. O Tribunal de Justiça afirmou ao longo das últimas décadas o carácter autónomo do ordenamento comunitário relativamente às ordens jurídicas dos Estados-membros. Segundo o Tribunal, os Tratados que estabeleceram

---

<sup>48</sup> Cfr. Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prah, H., Vandersanden, G., *Commentaire Maigret - Le Droit de la CEE*, Vol. 1, Éditions de l'Université de Bruxelles, deuxième édition, 1992, p. 300.

as Comunidades Europeias funcionariam, de facto, como a carta constitucional<sup>49</sup> de todo o direito comunitário. Assim sendo, e atendendo ao princípio geral da hierarquia das normas, aplicável em qualquer ordenamento jurídico, manifestamos alguma dificuldade em aceitar uma interpretação da reserva de competências nacionais inscrita no artigo 36º que seja marcada pela precariedade destas últimas. Na verdade, se considerarmos estas competências como uma prerrogativa temporária dos Estados, o seu esvaziamento pelo direito derivado comunitário conduz a uma situação em que uma disposição do direito constitucional da Comunidade é anulada pela operatividade do direito secundário. Temos, pois, uma clara questão de hierarquia de normas. Com efeito, é questionável sustentar uma orientação fundada na interpretação de disposições de direito derivado que, levada ao limite, retirará por completo as competências reservadas aos Estados pela própria carta constitucional da Comunidade.

Ao adjudicar deste modo o problema competências que subjaz a toda a problemática do artigo 36º, o Tribunal, diríamos, acaba por afastar-se de uma posição que se pretenderia neutra. Na verdade, a jurisprudência do artigo 36º, ao tocar na questão competências, reflecte uma arbitragem dos conflitos entre a Comunidade e os Estados, missão esta que o Tribunal desempenha enquanto instituição legalmente encarregue, nos termos do artigo 164º, de interpretar o conteúdo das disposições constantes da carta constitucional comunitária. Se no cumprimento desta missão, o Tribunal adopta uma postura que, tendencialmente, favorece de modo continuado uma das partes envolvidas, tal orientação provoca uma erosão gradual das garantias constitucionalmente atribuídas aos Estados e consente num apropriamento pelo centro das competências regulatórias nacionais previstas pelo artigo 36º.

---

<sup>49</sup>TJCE, 23 de Abril de 1986, *Parti Écologiste Les Verts contre Parlement Européen*, Processo 294/83, Recueil 1986, p.1365, ponto nº 23.

## II - A jurisprudência Keck et Mithouard: rumo a uma nova orientação?

### 1. Alcance da noção de medidas de efeito equivalente

Como nota Francis Snyder, no início de um seu recente trabalho, o direito comunitário está a mudar<sup>50</sup>. Esta transformação do direito comunitário é particularmente visível em sede de um dos núcleos duros da jurisprudência do Tribunal de Justiça, aquele que concerne a definição do conceito de medidas de efeito equivalente no âmbito da chamada livre circulação de mercadorias, o qual mantém uma estreita ligação funcional com o artigo 36º do Tratado de Roma na medida em que a aplicabilidade deste preceito pressupõe a presença de uma disposição nacional subsumível na interdição prevista pelo seu artigo 30º. Com o acórdão que proferiu nos processos apensos *Keck et Mithouard*<sup>51</sup>, o Tribunal parece encetar uma viragem importante na definição deste conceito fundamental para a realização das trocas comerciais no plano intra-comunitário. Das alterações provocadas por este acórdão, do seu sentido e alcance, bem como das consequências que o mesmo engendra no quadro da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados daremos conta nas páginas que seguem.

Na verdade, durante cerca de duas décadas o Tribunal de Justiça repetiu incessantemente a fórmula que havia proferido no acórdão *Dassonville*<sup>52</sup>, relativa ao conceito de medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas à importação, no sentido referido pelo artigo 30º do Tratado, em termos em que considerava como medidas de efeito

---

<sup>50</sup> Snyder, F., *Integrità e frontiere del diritto europeo: riflessioni sulla base della politica agricola comune*, EUI Working Paper LAW N° 94/6, Florence, 1994, p. 3.

<sup>51</sup> TJCE, 24 de Novembro de 1993, *Procédures pénales contre Bernard Keck et Daniel Mithouard*, processos apensos C-267/91 e C-268/91, Recueil 1993, p. I-6097.

<sup>52</sup> TJCE, 11 de Julho de 1974, *Dassonville*, processo n° 8/74, Recueil 1974, p. 837.

equivalente, e como tal interditas pela ordem jurídica comunitária, toda e qualquer disposição nacional susceptível de entravar, directamente ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intra-comunitário<sup>53</sup>. Se o enunciar continuado desta fórmula permitiu a eliminação de centenas de regulamentações nacionais com propósitos ou, pelo menos, com efeitos restritivos das importações entre Estados-membros, a sua utilização de um modo quase mecânico esvaziou, largamente, os Estados das suas competências residuais em matéria de regulamentações comerciais. Na verdade, os termos amplos da sua formulação, ao permitirem uma afectação apenas potencial das trocas comunitárias, permitiam reduzir a um raciocínio meramente hipotético as situações normativas nacionais susceptíveis de criarem entraves às importações de bens provenientes de outros Estados-membros e, por este facto, condená-las à sua extinção independentemente da legitimidade dos valores que presidiam à sua elaboração. Se a fórmula do acórdão *Dassonville* teve uma repercussão notável na construção do mercado interno, permitindo o desmantelamento das resistências proteccionistas dos Estados, o seu uso continuado ao longo do tempo veio transformá-la, porém, numa espécie de 'saco sem fundo' onde se podiam incluir todo o tipo de medidas nacionais relativas à regulamentação do fabrico e comercialização dos mais variados bens que ainda não tivessem sido objecto de harmonização por parte da Comunidade. Gerando, deste modo, efeitos de utilização extremamente perversos, os quais transcendiam os objectivos do seu enunciado. Com efeito, nas conclusões que formulou no caso *Hünernmund*, o advogado-geral Giuseppe Tesauro iniciou a sua intervenção processual perguntando-se se o artigo 30º do Tratado CEE se devia considerar como uma disposição que visava a liberalização das trocas comerciais no interior da Comunidade, ou, se seria uma medida de carácter mais geral e destinada a promover o livre

---

<sup>53</sup> Oliver, P., *Free Movement of Goods in the E.E.C. under articles 30 to 36 of the Rome Treaty*, European Law Centre Limited, London, 2nd Edition, 1988, p. 75.

exercício da actividade comercial no território de cada Estado-membro<sup>54</sup>.

De facto, a contínua utilização da fórmula adoptada pelo Tribunal no caso *Dassonville*, a propósito do conceito de medidas de efeito equivalente (MEE), conduziu, sobretudo na sequência do acórdão *Cinétheque*<sup>55</sup>, ao resvalar do emprego desta definição para um variado leque de casos desprovidos de um qualquer efeito proteccionista relativamente aos produtos importados<sup>56</sup>, nomeadamente, nas situações em que as medidas nacionais supostamente visadas pela interdição do artigo 30º, não visavam de todo a regulamentação de aspectos específicos ligados ao fabrico das mercadorias, mas apenas se ocupavam de questões relativas à sua comercialização e, em particular, aos modos de promoção de tais bens e às suas modalidades de venda. Em resultado desta ampla abrangência da definição de medidas de efeito equivalente, os particulares, ou melhor dizendo, os operadores económicos - enquanto grupo com maior interesse pelas disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias - passaram a invocar cada vez mais o artigo 30º diante dos órgãos jurisdicionais nacionais sempre que as disposições de um qualquer Estado-membro lhes criasse dificuldades no desenvolvimento da sua actividade comercial. Foi, aliás, este tipo de constatação que levou o Tribunal de Justiça a justificar a necessidade de reexaminar a jurisprudência *Dassonville* no âmbito do acórdão que proferiu nos processos apensos *Keck* e *Mithouard*<sup>57</sup>.

Refira-se, contudo, que a importante evolução jurisprudencial verificada através deste acórdão espelha, de algum modo, um conjunto de opiniões que se vinha

---

<sup>54</sup> Conclusões apresentadas em 27 de Outubro de 1993, no Processo C-292/92, Recueil 1993, p. I-6800.

<sup>55</sup> TJCE, 11 de Julho de 1985, *Cinétheque*, Processos apensos 60/84 e 61/84, Recueil 1985, p. 2623.

<sup>56</sup> Cfr. Lopez Escudero, M., *La Jurisprudencia Keck Y Mithouard: Una Revision del Concepto de Medida de Efecto Equivalente*, Revista de Instituciones Europeas, 1994, p. 379, a p.389-94.

<sup>57</sup> Rec. 1993, p. I-6131.



manifestando em dissonância com a orientação dominante. Opiniões formuladas a nível doutrinário, muito embora minoritárias, em que diversos autores<sup>58</sup> se pronunciaram pela necessidade de delimitar de modo mais rigoroso o conceito de MEE. Entre estes, realce para Eric White o qual propunha que o Tribunal de Justiça apurasse esta definição em termos que, apenas as medidas indistintamente aplicáveis a bens nacionais e importados e que se referissem às características dos produtos pudessem ser objecto da interdição do artigo 30º, com exclusão das normas nacionais que regulavam, em termos gerais e desprovidas de intentos proteccionistas, os aspectos relativos à venda desses produtos no território dos Estados<sup>59</sup>. Opiniões que se formulavam também ao nível do Tribunal de Justiça onde algumas decisões 'marginais e heterodoxas'<sup>60</sup>, na expressão de Lopez Escudero, se afastavam da perspectiva alargada com que a fórmula *Dassonville* vinha sendo aplicada, bem como o parecer de alguns advogados-gerais como Gordon Slynn<sup>61</sup>, Van Gerven<sup>62</sup> e Tesauro. Mas terão sido, sobretudo, as conclusões que Tesauro apresentou no já referido caso *Hünernmund*, que maior peso terão tido sobre a decisão do Tribunal de Justiça de alterar a sua jurisprudência sobre a matéria<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> Marenco, G., *Pour une interprétation traditionnelle des mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative*, Cahiers de Droit Européen, 1984, p. 291; Mortelmans, *Article 30 of the EEC Treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?*, Common Market Law Review, 1991, p. 115; Steiner, J., *Drawing the line: Uses and abuses of article 30 EEC*, Common Market Law Review, 1992, p. 749.

<sup>59</sup> White, E., *In search of the Limits of Article 30 of the EEC Treaty*, Common Market Law Review, 1989, p. 279-80.

<sup>60</sup> Lopez Escudero, *La Jurisprudencia Keck Y Mithouard*, op. cit., p. 398, que refere os acórdãos *Oebel* (Processo 155/80, Rec. 1981, p. 1993), *Blesgen* (processo 75/81, Rec. 1982, p. 1211), *Quiethlynn* (Processo C-23/89, Rec. 1990, p. I-3059), *Forest* (Processo 148/85, Rec. 1986, p. 3449), *Kranz* (Processo C-69/88, Rec. 1990, p. I- 583) e *Motorradcenter* (Processo C-93/92, de 13-10-93).

<sup>61</sup> nas conclusões que apresentou no acórdão *Cinéthèque*, já citado.

<sup>62</sup> nas conclusões apresentadas no caso *Torfaen* (Processo C-145/88, Rec. 1989, p. 3865) e às quais faz explícita referência nas segundas conclusões que apresentou em *Keck et Mithouard*, Recueil 1993, p. I-6121, ponto nº 8.

<sup>63</sup> Reich, N., *The "November Revolution" of the European Court of Justice: 'Keck', 'Meng' and 'Audi' Revisited*, Common Market Law Review, 1994, p. 461.

Na verdade, Giuseppe Tesauro nas conclusões apresentadas neste processo paralelo ao caso *Keck et Mithouard* começa por abordar com clareza os valores que o artigo 30º do Tratado visa tutelar, *maxime*, a liberalização das trocas comerciais intra-comunitárias, separando este objectivo de um outro que o degenerar da fórmula *Dassonville*, causado por uma aplicação mecânica<sup>64</sup> do seu enunciado, poderia provocar, qual seja, o da promoção do livre exercício da actividade comercial na Comunidade. Ciente do debate doutrinário sobre a oportunidade de reformular o alcance da noção de MEE<sup>65</sup>, mormente no que respeitava as chamadas modalidades de comercialização, Tesauro refere-se detalhadamente às contradições e incoerências<sup>66</sup> encontradas na análise da jurisprudência do Tribunal relativa às regulamentações nacionais sobre a actividade comercial, indistintamente aplicáveis a produtos nacionais e importados, as quais em seu entender justificariam a necessidade de se proceder a uma clarificação dos critérios de aplicação do artigo 30º àquele tipo de medidas. Assim, e para evitar utilizações impróprias desta disposição do Tratado - sobretudo por parte dos operadores económicos que apenas se pretendiam subtrair à aplicação de disposições nacionais reguladoras da actividade comercial que, pelo simples facto da sua existência, lhes afectavam a sua liberdade comercial - Tesauro propõe, porventura inspirado na posição de White, que o Tribunal de Justiça procedesse a uma alteração da sua interpretação daquela disposição do Tratado no sentido de excluir do critério afirmado na jurisprudência *Dassonville* sobre a noção de MEE, e sem que isso afecte a sua inspiração integracionista, as disposições nacionais que sendo indistintamente aplicáveis visam apenas regular as modalidades de venda<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Conclusões apresentadas em 27 de Outubro de 1993, no Processo C-292/92, Recueil 1993, p. I-6804.

<sup>65</sup> *Idem*, p. I-6803.

<sup>66</sup> *Idem*, p. I-6805-12

<sup>67</sup> *Idem*, p. I-6813-14.

## 2. O caso Keck et Mithouard

Nestes processos o Tribunal de Justiça foi questionado pelo tribunal de grande instância de Strasburgo sobre a compatibilidade com o direito comunitário de algumas disposições legislativas francesas que interditavam - e previam sanções de natureza penal para a sua violação - a revenda de produtos abaixo do seu preço de custo. Estes processos apenas foram primeiramente distribuídos à segunda secção do Tribunal tendo o advogado-geral Van Gerven apresentado as suas conclusões. Neste elemento processual, o advogado-geral começa por considerar que a venda abaixo do preço de custo pode ser considerado como um método de promoção comercial e, deste modo, a sua interdição poder ser um instrumento que afecte potencialmente as importações comunitárias<sup>68</sup>. Embora aceitando a justificação das autoridades francesas de que uma tal interdição se destina a salvaguardar a lealdade das transações comerciais e a tutelar a situação dos consumidores - duas exigências imperativas que, nos termos da jurisprudência *Cassis de Dijon*, permitiriam aos Estados a manutenção de medidas consideradas restritivas das trocas intra-comunitárias - o advogado-geral declara que a interdição se encontra formulada de um modo muito geral e que se configuravam situações, como as do lançamento de um novo produto, a penetração em um novo mercado ou a liquidação de um stock excessivo, em que a venda abaixo do preço de custo não se mostrava danosa quer para a lealdade das transações comerciais, quer para a situação dos consumidores<sup>69</sup>. Assim sendo, e por não prosseguir tais objectivos legítimos de modo suficientemente preciso, as medidas em causa seriam de considerar como contrárias ao artigo 30º do Tratado<sup>70</sup>. Portanto, em sede do controlo da

---

<sup>68</sup> Rec. 1993, p. I-6112

<sup>69</sup> Rec. 1993, p. I-6115.

<sup>70</sup> Rec. 1993, p. I-6116.

proporcionalidade da medida nacional considerada como restritiva do comércio intra-comunitário, Van Gerven conclui que seria possível conceber uma solução alternativa que comportaria menos entraves ao princípio fundamental da liberdade de circulação.

Como a secção competente do Tribunal de Justiça tivesse reenviado os processos em causa à sessão plenária desta mesma entidade, em aplicação do artigo 95º n.º 3 do seu regulamento processual, houve lugar à apresentação de novas conclusões por parte do advogado-geral. Na argumentação que apresenta, o advogado-geral começa por referir um novo elemento jurisprudencial relativo ao controlo de proporcionalidade - no quadro das medidas abrangidas pela interdição do artigo 30º - entretanto introduzido pelo Tribunal de Justiça num acórdão referente à questão do encerramento ao domingo dos estabelecimentos comerciais<sup>71</sup>. Nos termos de tal acórdão importaria distinguir consoante os efeitos restritivos se apresentassem como directos, indirectos ou meramente hipotéticos. No caso de serem considerados como meramente hipotéticos não haveria lugar a considerar as medidas em causa como contrárias ao artigo 30º. Em seguida, Van Gerven recorda como as suas propostas no sentido de que o Tribunal procedesse a uma limitação do alcance da fórmula *Dassonville* não tinham sido favoravelmente acolhidas pelo órgão jurisdicional comunitário<sup>72</sup>. Depois de admitir que a evolução verificada com o acórdão *B&Q*, em matéria de controlo da proporcionalidade, não afecta, todavia, o alcance da fórmula *Dassonville*, pois, uma tal situação apenas seria concebível se o Tribunal tivesse começado por se referir a esse mesmo enunciado, Van Gerven atem-se a um controlo da proporcionalidade no caso concreto para concluir que os efeitos restritivos das medidas em causa se afiguravam como

---

<sup>71</sup> TJCE, 16 de Dezembro de 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council contre B&Q plc*, processo C-169/91, Recueil 1992, p. I-6658, ponto n.º 15.

<sup>72</sup> Rec. 1993, p. I-6121.

meramente hipotéticos<sup>73</sup>. E, portanto, terminando com um parecer oposto aos das suas conclusões precedentes, afirma que o artigo 30º não se opunha à manutenção da interdição normativa da venda abaixo do preço de custo<sup>74</sup>.

É neste cenário invertido, em virtude da mudança de posição do advogado-geral - e marcado pelas já citadas conclusões de Tesouro no âmbito de um processo paralelo - que o Tribunal de Justiça se deve pronunciar, em sessão plenária, sobre a compatibilidade das disposições francesas com o direito comunitário. Ao Tribunal competia escolher entre proferir uma decisão, eventualmente seguindo as conclusões de Van Gerven em matéria de controlo de proporcionalidade, mas mantendo a sua jurisprudência constante sobre o conceito de medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas interditas pelo artigo 30º do Tratado, ou, enfrentar uma hipótese mais delicada de decisão, que de algum modo transparece nas segundas conclusões apresentadas pelo advogado-geral, qual seja, a da revisão dessa formulação - que apeledaríamos de histórica - da jurisprudência constante do seu acórdão *Dassonville*.

Supreendentemente, diríamos, o Tribunal de Justiça optou por este segundo cenário. Na verdade, depois de constatar a situação de abuso com que os operadores económicos invocam o artigo 30º do Tratado, para contestar todo o tipo de regulamentação que afecte a sua liberdade comercial<sup>75</sup>, o Tribunal refere que, contrariamente ao sentido das suas decisões tomadas até então, não havia lugar a considerar que existiria uma situação de afectação do comércio intra-comunitário, no sentido da jurisprudência *Dassonville*, relativamente às medidas nacionais que limitassem ou interditassem certas modalidades de venda, desde que estas se apliquem a todos os operadores económicos que exerçam a sua actividade no território nacional e que afectem, nos mesmos termos, a comercialização de produtos nacionais e

---

<sup>73</sup> Rec. 1993, p. I-6124.

<sup>74</sup> Rec. 1993, p. I-6125.

<sup>75</sup> Rec. 1993, p. I-6131, ponto nº 14.

produtos provenientes de outros Estados-membros<sup>76</sup>. Na realidade, prossegue o Tribunal, quando estas condições se encontram preenchidas a aplicação de tais regulamentações à venda de produtos provenientes de outro Estado-membro, que respondam às normas adoptadas por este Estado, não é de natureza a impedir o seu acesso ao mercado ou colocar-lhes mais entraves do que aqueles que se colocam aos produtos nacionais. Portanto, aquelas regulamentações são de considerar como excluídas do domínio de aplicação do artigo 30º do Tratado<sup>77</sup>.

### 3. Apreciação

Um passo assaz importante como o que o Tribunal realizou através da jurisprudência deste acórdão não poderia, por certo, ficar imune a uma série de entendimentos críticos, sobretudo por parte daqueles que mantêm um entendimento de tipo quantitativo do fenómeno da integração europeia, privilegiando a sua dimensão centralizadora, os quais, ao verem o Tribunal limitar os excessos decorrente de uma formulação demasiado alargada, tendem a equipará-la a uma situação de retrocesso na construção europeia<sup>78</sup>. Perspectiva que entendemos como totalmente inexacta. Acresce que, a essência da jurisprudência do Tribunal relativa às medidas indistintamente aplicáveis, tal como havia sido afirmado no acórdão *Cassis de Dijon*, não foi afectada pela decisão *Keck et Mithouard*. Na verdade, o Tribunal de Justiça fez questão de explicitar seguidamente no acórdão *Estée Lauder* que o artigo 30º interdita os

---

<sup>76</sup> Rec. 1993, p. I-6131, ponto nº 16.

<sup>77</sup> Rec. 1993, p. I-6131, ponto nº 17.

<sup>78</sup> A esta luz se entende o comentário de Alfonso Mattera que, comparando esta decisão com a jurisprudência *Cassis de Dijon*, se lhe refere como "un recul inattendu, suscitant perplexité, inquiétude, stupeur, déception", em *De l'arrêt "Dassonville" à la L'arrêt "Keck": l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions*, *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, p.117.

entraves à livre circulação causados pelas regras relativas às condições a que devem responder os produtos, declarando que estas abrangem todos os aspectos relativos à denominação, forma, dimensão, peso, composição, apresentação, etiquetagem e embalagem, mesmo que tais normas sejam indistintamente aplicáveis<sup>79</sup>, salvo nos casos em que se verifique a prossecução de finalidades de interesse geral. Eventuais incertezas e dúvidas derivadas da nova orientação serão medidas pelo Tribunal nas decisões que lhe forem colocadas, num processo em tudo idêntico ao que aconteceu com a fórmula *Dassonville*, pois, sendo estas figuras dependentes do seu recorte jurisprudencial, imperioso se torna que o Tribunal prossiga no tempo a tarefa de aprofundar os contornos exactos dos conceitos que vai elaborando. Acresce que, ao pôr termo à possibilidade de utilização imprópria do artigo 30º, esta decisão judicial elimina o risco de uma desregulamentação da actividade comercial gerada pela sua aplicação extensiva<sup>80</sup>, permitindo que os Estados tutelem através, da regulação das modalidades de venda, a protecção de interesses sociais fundamentais, nos termos em que estes são reconhecidos enquanto exigências imperativas.

### *3.1. a delimitação de competências*

O nosso interesse em relação ao acórdão *Keck* reside fundamentalmente na sua dimensão institucional. De facto, para além da problemática gerada por esta decisão judicial relativamente ao alcance da noção de medidas de efeito equivalente, ressalta uma outra questão que releva da vertente institucional da ordem jurídica comunitária e que respeita ao problema - sobre o qual nos havíamos já concentrado a propósito do artigo 36º do Tratado - da delimitação de competências entre a Comunidade e os Estados

---

<sup>79</sup> TJCE, 2 de Fevereiro de 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb eV contre Clinique Laboratoires SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH*, Processo C-315/92, Recueil 1994, p. I-335, ponto nº 13.

<sup>80</sup> Lopez Escudero, *La Jurisprudencia Keck Y Mithouard*, op. cit., p. 413.

realizada em sede de aplicação do artigo 30<sup>a</sup>. Vimos como até Keck a propensão dominante da jurisprudência era no sentido de, através de uma formulação alargada do conceito de MEE, estender esta noção em termos tão amplos que, na prática, toda e qualquer medida nacional relativa à regulamentação da actividade comercial era susceptível de ser abrangida por aquela interdição. O que, sendo utilizado em proveito dos operadores económicos nos conduzia a uma situação de desregulamentação da actividade comercial<sup>81</sup>, a qual operava com prejuízo das competências nacionais nesta matéria. No fundo, a formulação ampla do conceito de MEE permitia que - muito embora fundado numa prática casuística - se precludissem progressivamente as prerrogativas regulatórias dos Estados no domínio da regulamentação da actividade comercial, ou seja, que se conduzisse, em detrimento destes, um processo de erosão das suas competências residuais nesta matéria, consubstanciável no entendimento tradicional da figura da preempção.

Esta lógica argumentativa tinha como suporte a necessidade de manter a inspiração integracionista<sup>82</sup> da jurisprudência do Tribunal, por um lado, mas também a sua relação com o chamado elemento dinâmico de interpretação do direito comunitário que, inspirado numa espécie de *moving picture*<sup>83</sup> dos contornos deste ordenamento jurídico, favorecia um tal tipo de entendimento. Portanto, por intermédio da restrição da formulação da jurisprudência comunitária, operada em 'contra-corrente' em relação à lógica dominante, os Estados-membros alargaram, ou melhor dizendo, readquiriram determinados tipos de competências em sede de

---

<sup>81</sup> Cfr. Lopez Escudero, *La Jurisprudencia Keck Y Mithouard*, op. cit., p. 413.

<sup>82</sup> Note-se como Tesauro nas conclusões de Hünermund se preocupa em realçar como a sua proposta não afecta a 'inspiração integracionista' da jurisprudência do Tribunal, cfr. *Recueil* 1993, p.I-6813, ponto n<sup>o</sup> 25, *in fine*. Sobre a dimensão integracionista da jurisprudência do Tribunal, da qual deriva uma potencial unilaterlidade na resolução dos conflitos de competências, ver Burley, A.-M., Mattli, W., *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, International Organization, 1993, p. 60.

<sup>83</sup> Cfr. Bengoetxea, J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice - Towards a European Jurisprudence*, op. cit., p. 252.



regulamentação da comercialização de produtos<sup>84</sup>, que antes haviam sido considerados precludidos ou objecto de preempção pelo direito comunitário.

É no exercício desta sua função, eminentemente constitucional, de entidade adjudicante da repartição de competências<sup>85</sup> entre a Comunidade e os Estados que o Tribunal não pode deixar de ter presente o enquadramento institucional que o envolve. De facto, algumas críticas que se fazem à jurisprudência Keck pecam justamente por não valorizar ou, não o fazer de modo suficiente, a dimensão institucional do problema subjacente, esgotando-se na análise das questões técnico-jurídicas decorrentes do acervo casuístico<sup>86</sup>. Ainda que esta seja uma vertente crucial para a fixação do alcance das MEE, o cerne do problema reside no facto de o Tribunal ter pretendido alterar a orientação da sua jurisprudência nesta matéria, a qual se dirigia num sentido que privilegiava as tendências centralizadoras e determinava a preclusão das prerrogativas nacionais nesta área. Ora, em nosso entender, esta alteração resulta como a mais significativa das ilacções que se podem retirar da análise do presente acórdão. Porém, uma tal inferência não pode ser desligada dos valores mais profundos que regem a problemática da divisão vertical de competências no

---

<sup>84</sup> Cfr. Lenaerts, K., Van Ypersele, P., *Le Principe de Subsidiarité et son Contexte: Etude de l'Article 3 B du Traité CE*, op. cit., p.19.

<sup>85</sup> Na verdade, o Tribunal de Justiça neste acórdão actua como um verdadeiro Tribunal Constitucional, no duplo sentido em que lhe é colocada uma questão relativa ao controlo difuso da constitucionalidade de medidas nacionais com o ordenamento jurídico comunitário e de que a adjudicação dos limites de competências entre ordens jurídicas verticalmente estruturadas é uma função claramente constitucional. Donde, resulta inexacta a referência de Mattera (op. cit. p. 146), no seu comentário sobre o acórdão em causa, à actuação do Tribunal neste caso como Tribunal Supremo. Sobre a distinção destas funções do Tribunal de Justiça, ver Lenaerts, K., *Some reflections on the Separation of Powers in the European Community*, *Common Market Law Review*, 1991, p. 32.

<sup>86</sup> Caso de Mattera que identifica duas tendências na jurisprudência sobre o artigo 30º, uma que classifica como 'libre-échangiste' e outra de 'non-ingérence', na qual inclui as decisões que referimos como 'marginais e heterodoxas' (op. cit. p. 137). Não obstante esta distinção, o autor não retira qualquer ilacção no plano institucional, consumindo a sua análise numa insustentável procura de uma coerência de interpretação do artigo 30º, assente numa perspectiva que reflecte o pretenso carácter completo desta mesma disposição.

ordenamento jurídico comunitário, *maxime*, o princípio da subsidiariedade introduzido pelo Tratado de Maastricht. Assim, e vista a proximidade temporal do acórdão com a entrada em vigor deste mesmo princípio, podemos questionar se a mudança verificada na orientação da jurisprudência não deixa de reflectir o novo quadro constitucional comunitário<sup>87</sup>, marcado pela introdução da ideia de subsidiariedade. Donde decorre, também, uma maior cautela na aplicação do entendimento tradicional da figura da preempção das competências nacionais.

---

<sup>87</sup> Cfr. Stuyck, J., *L'arrêt Keck et Mithouard et ses conséquences sur la libre circulation des marchandises*, Cahiers de Droit Européen, 1994, p. 450; e Reich, N., *The 'November Revolution' of the European Court of Justice: 'Keck', 'Meng' and 'Audi' Revisited*, op. cit., p. 477, muito embora ambos refiram tal ligação de modo preponderantemente crítico.

## Capítulo II

### A Política Comum de Pescas

#### 1. Base jurídica

Apenas com a nova redacção do artigo 3º, alínea e), resultante das alterações introduzidas em virtude do Tratado da União Europeia, a Comunidade Europeia passou a mencionar, explicitamente, entre os meios previstos para a realização das finalidades que lhe são estipuladas pelo artigo 2º da sua carta constitucional, a adopção de uma política comum no domínio das pescas. No entanto, a implementação de uma política comum de pescas era uma realidade pregressa ao seu enunciado resultante da recente versão *maastrichtiana* do artigo 3º. Com efeito, as competências que a Comunidade Económica Europeia dispunha em matéria de pescas, e mais precisamente da adopção de uma política comum neste sector, decorriam de uma interpretação conjugada de diversas disposições do seu direito primário, muito embora o núcleo central desses preceitos se situasse no contexto da agricultura, actividade relativamente à qual se considerava constituir a pesca um sector particular<sup>88</sup>. De entre estas disposições, realce desde logo para o artigo 38º do Tratado de Roma, o qual ao estipular que o mercado comum abrange a agricultura e o comércio de produtos agrícolas refere de imediato que por produtos agrícolas se entendem os produtos do solo, da pecuária e da pesca. De seguida, o artigo 43º do Tratado de Roma prevê a elaboração e execução de uma política comum, bem como a

---

<sup>88</sup> Cfr. Garron, R., *Le Marché Commun de la Pêche Maritime*, Collection de Droit Maritime et des Transports, nº VIII, Librairies Techniques, Paris, 1971, p. 1.

substituição das organizações nacionais por organizações comuns de mercado sectoriais, para além de fixar os mecanismos processuais conducentes à sua adopção. Por fim, e em sede de disposições que relevem do direito primário cabe referir o artigo 102º do Acto de Adesão de 1972<sup>89</sup>, instrumento que aborda de modo específico a actividade piscatória, o qual conferiu à Comunidade competências para assegurar a protecção das áreas de pesca e de fixar medidas relativas à conservação biológica dos recursos marinhos, alargando, deste modo, em relação ao conteúdo inicial do Tratado de Roma, as competências comunitárias existentes nesta matéria ao domínio particular da conservação dos recursos vivos oceânicos<sup>90</sup>.

## **2. As primeiras decisões judiciais sobre a matéria**

Convém agora analisar o problema da natureza das competências da Comunidade nesta área particular da sua actividade. Tal como nos demais casos de atribuições normativas da Comunidade Europeia, o problema da natureza das competências comunitárias, bem como o relativo à repartição de competências entre aquela e os Estados, é uma questão que permanece fortemente dependente do recorte jurisprudencial que o Tribunal de Justiça haja de proferir

---

<sup>89</sup> No primeiro alargamento da Comunidade, as pescas foram um assunto que esteve no centro do processo negocial de adesão, muito embora o aspecto central de tais negociações incidisse sobre a questão da igualdade de condições de acesso às zonas de pesca de todos os Estados-membros e não sobre o problema de atribuir à Comunidade competências em matéria de medidas de conservação, em relação ao qual se gerou um fácil consenso. O acordo de pescas então alcançado entre a Comunidade e os quatro Estados candidatos terá sido o motivo fundamental para o voto negativo do referendo norueguês sobre a adesão, de 1972. Sobre este assunto ver, Wise, M., *The Common Fisheries Policy of the European Community*, Methuen, London, 1984, p. 108-141; Farnell, J., Elles, J., *In search of a Common Fisheries Policy*, Gower, Aldershot, 1984, p. 10-15; Laursen, F., *L'Europe Bleue - La politique communautaire des ressources marines*, IGPS, Amsterdam, 1986, p. 84-89.

<sup>90</sup> Cfr. Gonçalves, M.E., *A Política Comum de Pesca da Comunidade Económica Europeia - Um exemplo de dinâmica comunitária no contexto internacional*, Moraes Editores, Lisboa, 1983, p. 48.

nos casos em que seja chamado a pronunciar-se sobre essas mesmas questões. Assim, cabe desde logo recorrer a essa jurisprudência para entendermos os limites da intervenção comunitária no âmbito da política de pescas.

Foi justamente sobre aquela dimensão específica da realização de uma política comum de pescas introduzida pelo artigo 102º do Acto de Adesão - a da conservação dos recursos haliêuticos - que versaram as primeiras decisões do Tribunal de Justiça que abordaram o problema da natureza das atribuições da Comunidade neste novo domínio de intervenção. No caso *Kramer*<sup>91</sup> o Tribunal foi questionado sobre a competência dos Estados-membros para adoptarem medidas de conservação relativas a certas espécies de recursos marítimos. Em causa estavam disposições nacionais holandesas que fixavam quotas de captura dessas espécies nas suas águas marítimas, para o ano de 1975. Estas medidas foram emanadas em aplicação de uma Convenção de 1959 sobre pescas no Nordeste Atlântico, que visava a exploração racional dos stocks de peixe e da actividade pesqueira naquelas águas. Desta Convenção faziam parte, para além dos Países Baixos, todos os demais Estados-membros da Comunidade, na época, com excepção do Luxemburgo e da Itália e, ainda, sete países terceiros.

O Tribunal começou por abordar a questão da competências externas da Comunidade e dos Estados-membros. Embora o Tratado não atribuisse expressamente à Comunidade a competência para participar em acordos internacionais no domínio da conservação dos recursos marítimos, o Tribunal considerou que do sistema geral do direito comunitário, nomeadamente as disposições do Tratado relativas à agricultura e, em particular, do artigo 102º do Acto de Adesão, resultava a competência para a Comunidade no plano interno adoptar todas as medidas tendentes à conservação dos recursos biológicos marítimos, entre as quais se

---

<sup>91</sup> TJCE, 14 de Julho de 1976, *Cornelis Kramer et autres*, Processos apensos nºs 3, 4 e 6/76, Recueil 1976, p. 1279.

compreendiam as medidas relativas à fixação de quotas de captura e à sua repartição entre os Estados-membros. Na medida em que a eficácia destas medidas de conservação dependesse da participação de todos os Estados interessados, países terceiros incluídos, a Comunidade teria de dispôr de competências para realizar acordos internacionais nesta matéria<sup>92</sup>.

No entanto, e na medida em que a Comunidade não tinha ainda exercido as competências neste domínio, os Estados-membros tinham o poder de assumir, no quadro da referida Convenção, compromissos relativos à conservação dos recursos marítimos, bem como de assegurar a sua aplicação no plano nacional<sup>93</sup>. Porém, o Tribunal declarava logo de seguida que esta competência dos Estados-membros tinha carácter provisório, cessando no final do período de transição, de seis anos, previsto pelo referido artigo 102º do Acto de Adesão<sup>94</sup>.

No caso *Comissão / Irlanda*<sup>95</sup> discutia-se a legitimidade das medidas provisórias tomadas por este Estado, no decurso do período transitório previsto pelo artigo 102º do Acto de Adesão, as quais haviam sido adoptadas na ausência de um regime comunitário referente à conservação e gestão dos recursos haliêuticos, e em virtude do impasse verificado na sessão do Conselho que deveria decidir sobre um tal provvedimento. O Tribunal de Justiça, recordando o acórdão *Kramer*, considerou que no decurso daquele período transitório e, enquanto a Comunidade não tivesse exercido plenamente a sua competência na matéria, seria permitido aos Estados-membros adoptarem unilateralmente as medidas que entendessem apropriadas, no respeito, porém, das obrigações de cooperação que decorrem do artigo 5º do Tratado. O Tribunal fundamentou a sua decisão no anexo de uma resolução do Conselho, de Outubro de 1976, que previra

---

<sup>92</sup> Rec. 1976, p. 1311, nº 33.

<sup>93</sup> Rec. 1976, p. 1312, nº 39.

<sup>94</sup> Rec. 1976, p. 1312, nº 41.

<sup>95</sup> TJCE, *Commission de Communautés européennes / Irlande*, Processo 61/77, Recueil 1978, p. 417.

a possibilidade de adopção de medidas nacionais, a título provisório, no caso da não aprovação em tempo útil de um regime comunitário. No entanto, o Tribunal não deixava de afirmar que, no momento em que esta competência fosse exercida pela Comunidade, este facto excluía a aplicação das disposições nacionais divergentes<sup>96</sup>.

A possibilidade de os Estados poderem adoptar medidas unilaterais após o final do período transitório constituía o objecto do recurso no caso *Comissão/ Reino Unido*<sup>97</sup>. Porém, tais medidas do governo britânico haviam sido adoptadas para suprir a falta de medidas de conservação a nível comunitário. A Comissão considerava que a competência para adopção de tais medidas pertencia definitivamente à Comunidade, desde 1 de Janeiro de 1979. O governo francês, que apresentou observações em apoio da posição da Comissão, considerava que em matéria de medidas de conservação dos recursos marítimos os Estados-membros haviam perdido as suas competências, desde aquela data, de forma completa e irreversível, e que não seria possível ao Conselho restituir aos Estados uma competência que estes tinham perdido, mesmo no caso de inexistência de medidas comunitárias. O governo irlandês, que interveio também em apoio da Comissão, expressava um entendimento menos radical que o seu congénere francês em matéria de preempção das competências nacionais no caso de falta de exercício de uma competência comunitária exclusiva. A posição irlandesa defendia a possibilidade do Conselho poder estipular critérios que permitissem uma acção individual dos Estados-membros. Por último, o governo britânico sustentava que os Estados-membros conservavam as suas prerrogativas na matéria enquanto a Comunidade não tivesse exercido de forma plena as suas competências e, que a validade das medidas nacionais devia ser avaliada numa perspectiva de eventual conflito destas com o direito comunitário. O Reino Unido

---

<sup>96</sup> Rec. 1978, p. 451, n.ºs 63- 67.

<sup>97</sup> TJCE, 5 de Maio de 1981, *Commission des Communautés européennes / Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Processo n.º 804 / 79, Recueil 1981, p. 1045.

recusava ainda que a actuação dos Estados estivesse subordinada a autorização prévia da Comissão.

O Tribunal de Justiça começou por considerar que tratando-se de uma atribuição que, após o termo do período transitório, pertence de forma plena e definitiva à Comunidade, os Estados-membros não detinham mais a faculdade de exercer uma competência própria em matéria de medidas de conservação. No entanto, teve o pragmatismo suficiente para afirmar que não se podia, na falta de disposições comunitárias, entender a competência exclusiva da Comunidade de modo a que os Estados-membros se encontrassem em total impossibilidade de modificar as medidas de conservação existentes, tendo em conta a evolução dos indicadores biológicos e técnicos de que fossem dispondo<sup>98</sup>. Só que, declarava o Tribunal, a adopção de tais medidas pelos Estados-membros era-lhes reconhecida não como exercício de uma competência própria, mas, sim, de agir enquanto gestores do interesse comum da Comunidade<sup>99</sup>. Para além disso, o Tribunal declarava que essas medidas teriam carácter provisório e que os Estados estariam obrigados, para a sua adopção, a obter a autorização prévia da Comissão.

### **3. Divisão de competências entre a CE e os Estados-membros**

Assim, e como resulta da análise da jurisprudência exposta, no âmbito da conservação dos recursos marítimos o Tribunal afirmou o carácter exclusivo das competências comunitárias, o qual seria de considerar como operante a partir do prazo previsto no artigo 102º do Acto de Adesão, ou seja, desde 1 de Janeiro de 1979. Porém, e em virtude do hiato normativo provocado pelo não exercício tempestivo destas competências legislativas da Comunidade, permitiu-se que os Estados-

---

<sup>98</sup> Rec. 1981, p. 1073, nº 22.

<sup>99</sup> Rec. 1981, p. 1076, nº 30.



membros pudessem adoptar medidas nacionais de conservação, muito embora nos termos estritos da jurisprudência do referido acórdão *Comissão/Reino Unido* a plenitude da exclusividade desta competência da Comunidade só se tivesse adquirido com a aprovação do regulamento nº 170/83, do Conselho - que instituiu um regime comunitário de conservação e de gestão dos recursos de pesca - e do regulamento nº 171/83 relativo ao estabelecimento de certas medidas técnicas de conservação dos recursos de pesca. Portanto, representando estes instrumentos normativos o exercício por parte da Comunidade das competências que lhe foram atribuídas, em virtude do artigo 102º do Acto de Adesão, considera-se que desde a sua entrada em vigor as competências comunitárias nesta matéria relevam exclusivamente da sua esfera de actuação<sup>100</sup>.

Uma questão que se pode colocar é a da necessidade da afirmação das competências que a Comunidade dispõe em matéria de conservação de recursos marítimos como uma competência exclusiva. Na verdade, resultando tais atribuições normativas do artigo 102º do Acto de Adesão de 1972 - muito embora seja de considerar este acto no quadro das fontes do direito comunitário como um acto de direito primário - e, não contendo esta disposição qualquer indicação no sentido da exclusão das prerrogativas regulatórias dos Estados sobre esta matéria, porquê considerar que tal competência pertenceria plena e exclusivamente à Comunidade após o decurso do período de transição ali previsto?<sup>101</sup> De facto, e apesar da pertinência da questão, afigura-se-nos bastante difícil prestar-lhe uma

---

<sup>100</sup> Na verdade, esta parece ser a conclusão que se pode extrair do acórdão que o Tribunal proferiu em 19 de Janeiro de 1988, no caso *Pesca Valentia Limited contre Ministre de la Pêche et des Forêts d'Irlande et Attorney général*, Processo 223/86, Recueil 1998, p. 107, ponto nº10.

<sup>101</sup> Baseado na jurisprudência do Tribunal, Lenaerts considera que o artigo 102º do Acto de Adesão contém o fundamento de uma competência exclusiva da Comunidade. Cfr. Lenaerts, K., *Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des Etats membres et la question de la "preemption"*, em Demaret, P. ed., *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Colloque 1986, Collège d'Europe nº 45, Bruges, p. 42.

resposta adequada. Da referência de Churchill a este problema, retemos que a orientação jurisprudencial vigente não terá correspondido à intenção dos negociadores do referido Acto de Adesão, os quais ao tempo haviam declarado o propósito de manutenção da competência normativa dos Estados para adoptarem medidas de conservação<sup>102</sup>, pelo menos na área relativa às suas águas territoriais. Porém, o Tribunal preferiu adoptar uma interpretação daquele preceito de direito primário que melhor se coadunasse com a dinâmica do processo de integração, com base numa fundamentação orientada por considerações relativas à necessidade de implementação de uma política comum de pescas e menos numa lógica jurídica argumentativa tradicional. Churchill refere ainda que, embora não se afigurem como óbvios os motivos que terão levado o Tribunal a declarar a exclusividade de competências comunitárias, eles não serão alheios, por certo, ao facto de o tipo de medidas a adoptar pela Comunidade dever revestir um carácter compreensivo, não deixando, por este facto, espaço para a sua coexistência com qualquer género de disposições nacionais que versassem sobre o mesmo assunto<sup>103</sup>. A chamada jurisprudência constante do Tribunal de Justiça haveria de manter a classificação de exclusiva das competências comunitárias neste domínio particular da política comum de pescas.

É dentro dessa orientação jurisprudencial que se entende a decisão que o Tribunal de Justiça proferiu no caso *Hakvoort*<sup>104</sup>, a propósito da validade das regras comunitárias relativas à determinação das redes de pesca. Com base na questão controvertida emergente no processo principal, a jurisdição nacional solicitou que o Tribunal se pronunciasse a propósito da extensão e alcance da competência da Comunidade em matéria de adopção de normas

---

<sup>102</sup> Churchill, R.R., *EEC Fisheries Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, p. 89.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 89.

<sup>104</sup> TJCE, 2 de Maio de 1990, *Procédure pénale contre Jelle Hakvoort*, Processo C-348/88, Recueil 1990, p.I-1647.

técnicas referentes à determinação das redes de pesca, colocando precisamente o problema de saber se essa competência se devia reter como exclusiva das instituições comunitárias ou como uma prerrogativa regulatória a partilhar com os Estados. O Tribunal de Justiça, recordando a jurisprudência do acórdão *Kramer*, que declarava que a Comunidade dispunha no seu plano interno, do poder de adoptar todo o tipo de medidas tendente à conservação dos recursos marítimos considerou que sendo as normas relativas às redes de pesca um elemento importante no esforço de protecção de tais recursos, essas regras seriam de considerar como relevando da competência única e exclusiva da Comunidade<sup>105</sup>.

### *3.1. competências retidas pelos Estados-membros*

Apesar da amplitude das questões abrangidas pela política comum de pescas, existem aspectos diversos que com esta se encontram profundamente relacionados em que o Tribunal considerou que deveria prevalecer a competência normativa dos Estados. Uma dessas questões, objecto da jurisprudência do acórdão *Factortame II*<sup>106</sup>, respeita à definição do conteúdo das noções de barcos de pesca que batam pavilhão de um determinado Estado-membro e das embarcações pesqueiras que possuam matrícula de inscrição no registo de navios de um Estado-membro. Em seu entender, o recorte jurídico dessas noções releva do direito dos Estados, bem como - e isto afigura-se a questão mais importante - o Tribunal considerou que, na fase actual do direito comunitário, a competência para determinar as condições de matrícula das embarcações pertencentes à frota pesqueira dos Estados releva da esfera de competência normativa destes últimos<sup>107</sup>. Assim, e muito embora o Tribunal

<sup>105</sup> *Idem*, p.I-1665, ponto n.º 13.

<sup>106</sup> TJCE, 25 de Julho de 1991, *The Queen contre Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd. e.a.*, Processo C-221/89, Recueil 1991, p. I-3905.

<sup>107</sup> *Idem*, p.I-3962, ponto n.º 13. Esta jurisprudência foi de seguida reafirmada pelo TJCE no seu acórdão de 4 de Outubro de 1991, Comissão

introduza na sua argumentação jurídica o elemento relativo ao carácter *dinâmico* da sua interpretação do direito comunitário<sup>108</sup>, identificável pela expressão 'no estado actual do direito comunitário' - mas, na realidade, indiciador de uma potencialidade de crescimento da esfera de competências do ordenamento jurídico comunitário com que o Tribunal se reserva para futuras decisões que eventualmente se lhe deparem - o órgão jurisdicional comunitário aborda o problema da delimitação de competências, que resultava da questão que lhe havia sido colocada em termos de aceitar a competência dos Estados num aspecto que é susceptível de apresentar implicações sérias ao nível da política comum de estruturas para o sector da pesca.

#### 4. Medidas de conservação

No seu esforço de implementação de uma política comum de pescas, e com o objectivo de definir de modo célere e eficaz medidas apropriadas de conservação dos recursos haliêuticos, o aludido regulamento n.º 170/83, do Conselho, intentou adoptar providimentos tendo em vista a limitação do esforço de pesca susceptível de ser empreendido pela respectiva frota comunitária. Tais medidas passaram, fundamentalmente, pela fixação, em termos anuais, de um 'total admissível de capturas' (os chamados 'TAC'), os quais são enunciados pela Comunidade por stock ou grupos de stocks, sempre que resulte necessário defender determinadas espécies ou espécies aparentadas, através de uma limitação do respectivo volume de capturas. Nos termos daquele regulamento comunitário, o volume de pesca disponível para cada espécie objecto de um TAC é em seguida repartido entre os Estados-membros. Criando-se, deste modo, um verdadeiro

---

/Reino Unido, Processo C-246/89, Recueil 1991, p. I-4611, ponto n.º 11.

<sup>108</sup> Cfr. Bengoetxea, J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice - Towards a European Jurisprudence*, op. cit., p. 251.

sistema de quotas de pesca nacionais que, sempre nos termos do referido acto comunitário, permite aos Estados-membros proceder entre si a um regime de trocas, parcial ou mesmo total. À fruição das quotas nacionais de pesca terão acesso as embarcações que batam pavilhão desse Estado-membro ou as que se encontrem inscritas no respectivo registo nacional de navios.

Acresce que, o Tribunal considerou, nos acórdãos proferidos por ocasião dos casos *Jaderow*<sup>109</sup> e *Agegate*<sup>110</sup>, que compete aos Estados-membros definir as modalidades de utilização das suas quotas de pesca, abrangendo esta prerrogativa a capacidade de determinar quais as embarcações da sua frota pesqueira que são admitidas a fruir da respectiva quota nacional. Essas modalidades de utilização permitem que os Estados possam determinar quais as condições que os barcos devem preencher, no respeito das disposições gerais do direito comunitário e, em particular, na observação do princípio da proporcionalidade, princípio este que o Tribunal faz questão de frisar através da exigência de que as medidas nacionais só serão justificadas se as mesmas se revelarem aptas e necessárias à realização dos objectivos gerais que levaram à instauração de um sistema de quotas de pesca. Assim, no acórdão *Jaderow*, o Tribunal considerou que a exigência que o Reino Unido estabelecia para a outorga de licenças de pesca às embarcações que pretendessem exercer a sua actividade dentro da respectiva quota pesqueira nacional - traduzida na existência de um laço económico real entre cada navio beneficiário e aquele Estado - seria de considerar como atendível, na medida em que uma tal condição visaria a fruição das referidas quotas pelas populações locais tributárias das actividades de pesca tradicional e das respectivas indústrias conexas<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> TJCE, 14 de Dezembro de 1989, *The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Jaderow Ltd*, Processo C-216/87, p. 4541.

<sup>110</sup> TJCE, 14 de Dezembro de 1989, *The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd*, Processo C-3/87, p. 4500.

<sup>111</sup> Recueil 1989, p. 4544, ponto n° 26.

De igual modo, no acórdão Agegate, proferido no mesmo dia, o Tribunal declarou como conformes com o direito comunitário as condições que o Reino Unido impunha, em sede de modalidades de utilização das suas quotas, atinentes quer à composição da tripulação dos navios de pesca, quer às exigências em matéria de regime de inscrição na segurança social nacional<sup>112</sup>.

## **5. Medidas nacionais suplementares**

Analizados os fundamentos jurídicos da existência de uma política comum de pescas, a natureza e alcance dessa competência comunitária - e em especial no tocante à dimensão da preservação dos recursos biológicos marítimos, a qual pelo facto de o Tribunal a haver declarado uma prerrogativa normativa exclusiva da Comunidade nos interessa particularmente na medida em que permita um melhor entendimento do fenómeno da preempção no direito comunitário - cumpre indagar se, não obstante a declarada exclusividade legislativa, é confiado aos Estados algum espaço regulatório em sede da adopção de medidas de conservação das suas espécies piscatórias e, em caso afirmativo, a que título é que estes poderão exercer uma tal faculdade.

A este respeito, talvez o exemplo mais elucidativo seja o artigo 20º do regulamento nº 171/83, do Conselho, relativo a certas medidas técnicas de conservação de recursos da pesca, já referido, o qual no seu nº1 dispõe que este regulamento se aplica sem prejuízo das medidas técnicas nacionais que superem o disposto nas exigências mínimas, desde que tais medidas se apliquem apenas aos pescadores do Estado em causa e que sejam destinadas a assegurar uma melhor gestão das quotas de pesca, no respeito, porém, do

---

<sup>112</sup> Recueil 1989, p. 4502-4, pontos nº 21 e 30.

direito comunitário e da política comum de pescas. A validade da faculdade, que o regulamento comunitário expressamente reserva aos Estados de poderem adoptar medidas normativas suplementares das enunciadas no acto comunitário em causa foi questionada no caso *Romkes*<sup>113</sup>, em que uma jurisdição nacional, no âmbito de um reenvio prejudicial, perguntou ao Tribunal se se poderia considerar que o citado artigo 20º conferia tal tipo de competência aos Estados-membros, para poderem adoptar regras nacionais que ultrapassem as exigências estabelecidas pelo regulamento comunitário. No acórdão que proferiu, o Tribunal contornou a abordagem do problema de competências que o órgão nacional explicitamente lhe formulou, preferindo antes prestar uma resposta fundada no respeito, por parte das autoridades nacionais, dos mecanismos processuais estabelecidos pelo artigo 20º do regulamento nº 171/83, aquando da adopção de tais medidas. Donde se infere que o Tribunal aceitou tacitamente a atribuição de competências que o regulamento faz aos Estados para a adopção de medidas suplementares das previstas pelo seu dispositivo. Se assim não se entender, então não se compreende por que motivo o Tribunal não pôs em causa a validade deste preceito comunitário, com base na competência jurisdicional que a alínea b) do artigo 177º do Tratado de Roma lhe confere, para proceder ao controlo da conformidade dos actos adoptados pelas instituições comunitárias perante as disposições do Tratado e demais instrumentos relevantes do chamado direito primário da Comunidade.

Uma questão que decorre deste problema consiste em saber qual a natureza jurídica dos actos que os Estados-membros são autorizados a empreender em virtude daquele artigo do regulamento comunitário. Como referimos, o artigo 20º n.º 1, estabelece que os Estados podem adoptar medidas mais protectivas dos recursos biológicos marítimos, suplantando

---

<sup>113</sup> TJCE, 16 de Junho de 1987, *Officier van Justitie de l'arrondissement de Zwolle contre L. Romkes et autres*, Processo nº 53/86, Recueil 1987, p. 2701.

as exigências mínimas estabelecidas a este mesmo propósito pelas regras comunitárias e tendo como destinatários os pescadores que se encontrem debaixo da sua jurisdição. Donde se depreende que, o legislador pretendeu salientar o carácter mínimo das regras comunitárias nesta matéria, deixando todavia aos Estados a possibilidade de adoptarem normas que reforcem - no âmbito dos agentes económicos do sector que se encontrem sob sua tutela e que por esse facto facto beneficiem da quota pesqueira nacional - o objectivo fundamental da protecção das espécies piscatórias. Refira-se que, esta técnica legislativa, a que podemos chamar de medidas nacionais suplementares, não é uma originalidade deste regulamento comunitário, antes pelo contrário, podemos encontrá-la em várias outras esferas da intervenção da Comunidade, maxime, na disposição ínsita no artigo 130º T do Tratado, que resulta das alterações que lhe foram introduzidas em virtude do Acto Único Europeu, relativo à protecção do ambiente. São, pois, medidas que visam permitir aos Estados complementar o esforço normativo visado pela legislação comunitária, permitindo-lhes, dentro da sua jurisdição própria, aumentar o teor das exigências comuns resultantes do consenso possível em sede de processo comunitário de decisão. Esta técnica evidencia, por outro lado, a dimensão concorrencial implícita no processo normativo da Comunidade, o qual se reputa, por um lado, como fundado numa axiologia de partilha de responsabilidades e de respeito por um acervo comum de valores fundamentais, mas, por outro lado, marcado por uma saudável diversidade, que a todo o custo se pretende conservar, e que se pode traduzir, no caso em apreço, na admissibilidade do reforço nacional das exigências protectivas dos objectivos enunciados no plano comunitário.

Uma vez estabelecida a natureza das normas jurídicas que os Estados podem adoptar ao abrigo do artigo 20º do regulamento nº 171/83, como medidas nacionais suplementares, cumpre então abordar a questão da sua conciliação com a imutável declaração jurisprudencial da exclusividade de competências comunitárias nesta matéria.



Para alguns, como Churchill, o modo de o fazer consiste em considerar que a Comunidade naquele instrumento normativo se limitou a proceder a uma delegação de poderes aos Estados-membros. Na medida em que se encontram reunidas as condições para fazer operar a figura da delegação de poderes - ou seja, que através dela não se concedam uma discricionariedade substancial à entidade delegatária e que o delegante mantenha a possibilidade de supervisão sobre a actividade objecto de delegação - podem considerar-se como reunidos os pressupostos deste instituto jurídico. Como tal situação se verificaria através das exigências processuais estabelecidas pelo artigo 20º estaríamos de facto, no entender deste autor, diante de uma situação de delegação de poderes legalmente constituída<sup>114</sup>.

Porém, a dúvida que nos ocorre em face desta construção jurídica é a seguinte: serão as chamadas medidas nacionais suplementares, tal como as analisámos anteriormente, uma figura subsumível no conceito de delegação de poderes? Parece-nos que, na realidade, se trata de duas figuras jurídicas distintas. Na verdade, na delegação de poderes existe sempre a possibilidade da avocação da competência por parte da entidade delegante; situação muito diferente no caso das medidas nacionais suplementares, onde o que se pretende é estabelecer como que um mínimo denominador comum de protecção, deixando caminho livre aos vários agentes normativos para procederem a uma melhoria da arquitectura regulatória dos valores objecto de protecção normativa, tendo como limite único a compatibilidade sistémica dos providimentos adicionais. Em situação alguma, todavia, as medidas nacionais suplementares admitem a avocação de poderes. Imagine-se o absurdo que seria - para referir um exemplo onde se usa de idêntica técnica normativa - se a Comunidade pretendesse avocar as competências estaduais salvaguardadas pelo citado artigo 130º T do Tratado de Roma, em matéria de protecção ambiental. Acresce que, de uma interpretação sistemática do conteúdo do regulamento nº

---

<sup>114</sup> Churchill, R.R., *EEC Fisheries Law*, op. cit., p. 92-3.

171/83 e, em particular do seu artigo 19º, também podemos colher argumentos que reforcem o nosso entendimento. De facto, este preceito, que tem como objecto os stocks de interesse puramente local, dispõe no seu nº 2 que os 'Estados-membros estão autorizados' a fixar as condições ou as modalidades de carácter puramente local, no respeito do direito comunitário e da política comum de pescas. Esta autorização normativa de que fala o nº 2 do artigo 19º, sobre cuja validade o Tribunal de Justiça se pronunciou positivamente no acórdão que proferiu no caso *Marshall*<sup>115</sup>, parece-nos, sim, uma figura jurídica próxima da delegação de poderes na medida em que parte do pressuposto de que a competência em causa relevaria da esfera jurídica da Comunidade, mas que esta, tendo em conta o seu especial objecto de regulação, o qual se encontra confinado a espécies piscatórias estritamente locais, autoriza ou, se quisermos, delega nos Estados a competência para emanar medidas de conservação, nas condições que este preceito estipula. Mas na medida em que se trata de uma autorização para regular, deve-se considerar que a mesma será a todo o tempo retirável, desde que que a entidade que a conferiu decida afastar o consentimento sobre que a mesma assenta. Ou seja, que a Comunidade decida avocar aos Estados essa mesma competência. Donde, e atendendo a este conjunto de argumentos, refutamos a tese de que, no artigo 20º do regulamento nº 171/83, se estaria em presença de uma situação caracterizada pela existência de uma delegação de poderes da Comunidade aos Estados.

## **6. Aplicabilidade da doutrina da preempção**

Assim sendo, o passo seguinte, que consiste em saber como conciliar as medidas nacionais suplementares com a

---

<sup>115</sup> TJCE, 13 de Novembro de 1990, *Procurator Fiscal contre Andrew Marshall*, Processo C-370/88, Recueil 1990, p.I-4071.

exclusividade das competências comunitárias, afigura-se-nos como de grande dificuldade. Aparentemente, estaremos em face de uma impossibilidade dicotómica: ou se trata de competências exclusivas da Comunidade e aos Estados não é deixada qualquer possibilidade de adoptar medidas nacionais suplementares, cujo o único limite é a sua compatibilidade sistemática; ou, pelo contrário, não se trataria de competências exclusivas, apesar de toda a jurisprudência constante do Tribunal apontar neste sentido. Ora, é em face deste presumível dilema que se nos ocorre retomar a doutrina da preempção. Na verdade, a possível rigidez de alguns conceitos, como o de competências exclusivas, que não encontra um suporte real em texto algum do direito primário da Comunidade, no sentido em que nada existe que nos permita extrair todas as implicações de uma situação de exclusividade - ou seja, se tal implica uma abstenção total e absoluta da contra-parte normativa - reforça o interesse da figura da preempção e da sua utilidade enquanto instrumento explicativo, e também complementar, da dicotomia competências exclusivas, competências concorrentes. Na realidade, a questão a apreciar em termos preemptivos seria a seguinte: as competências comunitárias em matéria de conservação dos recursos marítimos procederam a uma completa ocupação deste mesmo terreno normativo, no sentido em que aos Estados não é deixada qualquer possibilidade de intervenção regulatória neste domínio? A resposta parece-nos inequívoca. De facto, o legislador, fazendo uso de uma sua competência constitucional, através de um acto que foi submetido por um órgão jurisdicional estadual a um escrutínio positivo de validade - o artigo 20º do regulamento nº 171/83 - pretendeu expressamente não afastar em absoluto as prerrogativas normativas nacionais porque considerou os Estados em situação de poderem adoptar medidas que melhor reforçassem o imperativo legal da protecção dos recursos biológicos marítimos. Com esta linha argumentativa, pensamos que se poderiam evitar situações de incompatibilidade jurídica como a que acabámos de enunciar.

Refira-se, porém, que muito embora defendamos a aplicabilidade da doutrina da preempção como entendimento alternativo ao modelo rígido que subjaz à perspectiva fundada sobre a consideração do domínio da conservação dos recursos biológicos como uma competência comunitária exclusiva, discordamos da posição que Cross assume sobre este mesmo caso concreto, invocando um elemento que releva de tal doutrina. De facto, Cross<sup>116</sup>, fundando-se na terminologia empregue pela U.S. Supreme Court, e transpondo-a directamente para o direito comunitário, refere o artigo 20º do regulamento 171/83 como um exemplo de *express saving preemption*, afirmando que esta situação se pode considerar como sendo uma *saving clause*. Em nosso entender, julgamos que a posição de Cross enferma de uma incongruência jurídica elementar e que se traduz no facto de um acto de direito secundário - o regulamento em causa - pela natureza das relações hierárquicas por que se pautam os actos jurídicos comunitários não poder estabelecer uma reserva de competências em favor dos Estados numa área em que se entende que o direito primário - o artigo 102º do Acto de Adesão - considerou como competência exclusiva da Comunidade. Em nossa opinião, o que poderia ser considerado como uma verdadeira *saving clause*, para efeitos de aplicação da doutrina da preempção, seria, por exemplo, a reserva de competências do artigo 36º do Tratado. Agora, no âmbito de uma atribuição onde se considera que o acto constitucional em que a mesma se funda produziu a preempção das prerrogativas normativas dos Estados nesse mesmo domínio regulatório, entendemos ser preferível não misturar uma pretensa reserva de competências que adviria de um preceito inserido num instrumento de nível hierárquico inferior. Sem que isto signifique, que disposições do direito derivado não possam estabelecer reservas de competências em favor dos Estados. Mas nestes casos, essas *saving clauses* terão que operar em matérias que não relevem

---

<sup>116</sup> Cross, E.D. *Preemption of Member State Law in the European Economic Community: a Framework for Analysis*, Common Market Law Review, 1992, p. 456, bem como, nota nº 23.

de uma competência exclusiva da Comunidade, como tal constitucionalmente definida.

A orientação que propomos sobre este assunto iria, aliás, ao encontro da perspectiva que o Tribunal de Justiça expressou sobre o problema das competências que a Comunidade detém nesta matéria, em outras decisões que proferiu relativamente ao sector da pesca. De facto, no caso *Pesca Valentia*<sup>117</sup> o Tribunal foi questionado sobre o problema de saber se o artigo 6º do regulamento nº 170/83 interditava os Estados de adoptarem disposições legislativas que estabelecessem exigências relativas à composição da tripulação dos navios de pesca que exerçam a sua actividade no interior das respectivas zonas de pesca exclusivas. No seu acórdão, o Tribunal, após haver recordado a natureza das competências que a Comunidade dispõe em matéria de conservação dos recursos marítimos, bem como as condições estipuladas à efectiva vigência desta, procedeu a uma análise funcional do objecto das competências comunitárias fundadas no artigo 102º do Acto de Adesão, confrontando-as com as disposições nacionais que fixam determinados requisitos relativos à tripulação das embarcações pesqueiras, concluindo que estas últimas não relavam quer pelo seu objecto, quer pela sua finalidade, do âmbito das medidas destinadas à conservação dos recursos haliêuticos e que, assim sendo, a aplicação por si só de tais disposições nacionais não poderia ter incidência sobre a gestão de tais recursos<sup>118</sup>. Portanto, o Tribunal procedeu a uma análise finalística do conteúdo das competências em conflito, não tendo deduzido do confronto entre as medidas provenientes de dois ordenamentos jurídicos em presença uma situação de incompatibilidade funcional, declarando que as disposições nacionais não constituíam obstáculo à efectiva vigência das medidas comunitárias em matéria de conservação dos recursos biológicos marítimos.

---

<sup>117</sup> TJCE, 19 de Janeiro de 1988, *Pesca Valentia Limited contre Ministre de la Pêche et des Forêts d'Irlande et Attorney général*, Processo 223/86, Recueil 1988, p. 83.

<sup>118</sup> Recueil 1988, p. 107, ponto nº 11.

Ou seja, o Tribunal com este acórdão aproximou-se da jurisprudência que já havia emanado noutros domínios, e em particular no quadro da política agrícola comum, adoptando uma perspectiva enquadrável no conceito que referimos como *de obstacle preemption analysis*, o qual tem o mérito de afastar a declaração que no contexto de uma matéria que releva da política comum de estruturas - parte integrante da política de pescas - a competência exclusiva da Comunidade numa área que lhe está estreitamente conexa - a da preservação das espécies marítimas - não produz uma ocupação integral das prerrogativas normativas dos Estados em todo o terreno regulatório susceptível de ser abrangido pelo âmbito de aplicação dessa mesma política comum.

### Capítulo III

#### **As organizações comuns de mercado relativas à política agrícola comum.**

A política agrícola comum ocupa um lugar de destaque no processo de integração europeia. Não só pelo facto de ser considerada como a mais avançada na realização das políticas comuns previstas pelo Tratado, como também por ser neste domínio que se verifica uma maior actividade regulatória da parte da Comunidade, bem como ainda pela circunstância, não dispicienda, de ser esta a política comum que consome a fatia maior do orçamento comunitário<sup>119</sup>. Em termos gerais, refira-se que a realização da política agrícola comporta dois eixos fundamentais: uma política de mercados e uma política de estruturas<sup>120</sup>. A política de mercados, de longe a mais importante e mais intervencionista, tem como objectivo a subordinação ao regime de uma organização comum de mercado - tal como indica o artigo 40º do Tratado - de um produto agrícola ou de grupos de produtos, à qual é confiada a regulação comunitária da produção e comercialização dos respectivos produtos. Contando-se presentemente num número superior às duas dezenas, as organizações comuns de mercado assumem uma função pivot na realização da política agrícola<sup>121</sup> e

---

<sup>119</sup> Snyder, F.G., *Diritto agrario della Comunità Europea*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 10, que refere ainda que o maior número de decisões do Tribunal de Justiça são relativos à política agrícola.

<sup>120</sup> Druesne, G., *Droit matériel et politiques de la Communauté européenne*, Presses Universitaires de France, 2º édition, 1991, p. 274.

<sup>121</sup> Barents, R., *The Agricultural Law of the EC - An Inquiry into the Administrative Law of the European Community in the Field of Agriculture*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1994, p. 43.

constituem o instrumento fundamental para alcançar os objectivos que lhe foram assinalados pelo artigo 39º do Tratado.

Muito embora o direito derivado relativo à política agrícola, emanado com base no procedimento previsto pelo artigo 43º do Tratado, não se confine às organizações de mercado - abrangendo para além dos aspectos referentes à política de estruturas questões relativas à harmonização de legislações, a regulação dos aspectos de garantia financeira desta política e de compensação monetária que lhe estão associados - as normas que regulam o estabelecimento e o funcionamento das organizações comuns de mercado assumem um papel de destaque no quadro geral desta mesma política. Em particular, sendo as organizações de mercado entidades que pretendem regular em comum os aspectos gerais do funcionamento dos mercados dos vários produtos agrícolas comunitários, natural será que se lhes coloquem, questões relativas ao problema da divisão de competências entre a Comunidade e os Estados. Tanto mais que, sendo a política agrícola um domínio considerado como relevando da competência concorrente<sup>122</sup> da Comunidade, esta é uma área propícia à análise das relações preemptivas que se estabeleçam entre o direito comunitário e o direito interno dos Estados, bem como ao modo de operar dessas mesmas relações.

O estudo da divisão de competências entre os ordenamentos jurídicos comunitário e nacionais, numa perspectiva do fenómeno da preempção, tem que se realizar com base na análise da jurisprudência que o Tribunal de Justiça proferiu sobre esta matéria. Ora, sendo as organizações comuns de mercado a área de maior índice regulatório da Comunidade, não será de estranhar a abundância de acórdãos proferidos pelo órgão jurisdicional comunitário que referem

---

<sup>122</sup> Olmi, G., *Politique Agricole Commune*, in *Commentaire Megret - Le Droit de la CEE*, Vol. 2, Éditions de l'Université de Bruxelles, deuxième édition, 1991, p. 291. Cfr. também Barents, R., *op. cit.*, p. 58.



principal ou incidentalmente esta mesma questão. Não é nosso objectivo reportar exaustivamente as decisões que o Tribunal proferiu quanto à natureza do relacionamento dos dois tipos de ordenamentos jurídicos em presença. Porém, é importante que se refiram quais as mais importantes decisões proferidas, o sentido dominante desta jurisprudência, as fases fundamentais da sua evolução, bem como se expresse o nosso juízo crítico sobre a mesma.

Assim, atento o volume das decisões judiciais nesta matéria, preferimos dividir a nossa análise em torno de dois períodos fundamentais nos quais são perceptíveis tendências e motivações distintas na argumentação apresentada pelo Tribunal de Justiça. O primeiro período da nossa análise, que se estende ao longo de toda a década de setenta, compreenderá os acórdãos proferidos numa fase que poderíamos considerar como 'constitutiva' desta mesma jurisprudência, tal é a variedade da fundamentação a que ela recorre. A partir do início dos anos oitenta, segundo período do nosso estudo, encontra-se uma tendência gradual para a estabilização do entendimento que o Tribunal faz do efeito preemptivo das organizações de mercado. Em ambos os períodos, porém, encontramos um elemento comum que caracteriza a jurisprudência correspondente do Tribunal: a dualidade de perspectivas com que aborda o relacionamento das normas provenientes dos ordenamentos em confronto<sup>123</sup>. Na verdade, veremos como em ambos períodos o Tribunal parece manter dois entendimentos distintos sobre este problema. Um primeiro entendimento traduz-se no efeito preclusivo da regulamentação comunitária sobre as disposições nacionais; o outro, numa atitude de abertura quanto ao convívio das normas relativas às organizações de mercado com as medidas estaduais emanadas no seu domínio de aplicação, desde que estas últimas obedeçam a certos requisitos. O que parece variar é a motivação que, no tempo, o Tribunal fornece para justificar as suas decisões.

---

<sup>123</sup> Usher, J.A., *Legal Aspects of Agriculture in the European Community*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 124.

## **I- A fase constitutiva da jurisprudência relativa às o.c.m.**

Como referimos, a década de setenta poderá ser considerada como um período 'constitutivo', ou de afirmação, da jurisprudência relativa às organizações comuns de mercado. No entanto, é já possível encontrar aquela dualidade de perspectivas que caracterizam as decisões judiciais nesta matéria. Assim, e num primeiro momento, vemos como o Tribunal tende a excluir, por princípio, a aplicabilidade das disposições nacionais com o mesmo objecto das normas comunitárias; e um segundo período no qual evidencia uma atitude de maior abertura no confronto das normas nacionais.

### **1. A exclusão das competências nacionais**

Durante este primeiro momento, no qual se manifestou uma tendência acentuada para a preclusão das disposições nacionais, o Tribunal conheceu uma certa evolução<sup>124</sup> metodológica na forma como dirimiu os conflitos que se lhe depararam. Vejamos, de seguida, em que consistiu essa mesma evolução.

#### **1.1. o regulamento**

No início dos anos setenta, o Tribunal assumiu uma posição bastante inflexível no confronto das medidas nacionais que tivessem por objecto os mesmos domínios abrangidos pelo regime das organizações de mercado. De facto, o Tribunal

---

<sup>124</sup> A. Tizzano, *Lo Sviluppo delle Competenze Materiali delle Comunità Europee*, *Rivista di Diritto Europeo*, 1981, p. 207.

apoiava-se, apenas, na circunstância dos regimes comunitários terem sido estabelecidos através de um acto jurídico do tipo do regulamento<sup>125</sup> para excluir a aplicação do direito dos Estados. O regulamento era considerado um instrumento jurídico que, por si próprio, afastaria a intervenção normativa dos Estados-membros nessas matérias. Esta posição equivalia, no fundo, a reconhecer no regulamento uma modalidade de 'ocupação do terreno'<sup>126</sup> normativo, a conhecida *occupation of the field*, a qual se fundava apenas na natureza do acto jurídico utilizado.

É assim que, no processo *Bollmann*<sup>127</sup>, o Tribunal de Justiça questionado sobre a conformidade com o direito comunitário de disposições alemãs relativas ao regulamento que previa o estabelecimento gradual de uma organização comum de mercado no sector da carne de aves domésticas, declarou que sendo o referido regulamento um acto considerado como directamente aplicável na ordem jurídica dos Estados-membros, nos termos do artigo 189º nº2 do Tratado, estes não detinham mais o poder de adoptar disposições normativas no domínio abrangido pelo regulamento<sup>128</sup>. Portanto, o Tribunal considerou que, a mera existência de um regulamento comunitário, excluía a competência das autoridades nacionais para adopção de quaisquer outras medidas no seu âmbito de aplicação<sup>129</sup>. Não procedeu sequer a uma análise

---

<sup>125</sup> Waelbroeck, M., *Scope of Community pre-emption of matters covered by a common organization of the market*, *European Law Review*, 1977, p. 94.

<sup>126</sup> Giancarlo Olmi utiliza frequentemente a expressão *occupé le terrain*, usando-a entre aspas, a propósito da divisão de competências entre a Comunidade e os Estados no âmbito das organizações de mercado. Se bem que o autor nunca se refira expressamente à doutrina da preempção, estamos em crer que o uso entre aspas desta mesma expressão pretende-a fazer reportar a uma tal proveniência. Cfr. *Politique Agricole Commune*, in *Commentaire Megret - Le Droit de la CEE*, Vol. 2, op. cit., p. 292-299. A propósito do caso *Van Miert*, veremos como a Comissão faz uma utilização idêntica desta expressão.

<sup>127</sup> TJCE, 18 de Fevereiro de 1970, *Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe/Firma Paul G. Bollmann*, Processo nº 40/69, *Recueil* 1970, p. 69.

<sup>128</sup> Rec. 1970, p. 80, nº 4.

<sup>129</sup> Muñoz Machado, S., *Los principios de articulacion de las relaciones entre derecho comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicacion efectiva*, em Garcia de Enterría, E., Gonzalez Campos, J.D., Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho*

das disposições nacionais que contrariavam o conteúdo do regulamento. Limitou-se, apenas, a enunciar o acto normativo em causa como instrumento suficiente para o afastamento da competência dos Estados-membros.

Semelhante argumentação pode também encontrar-se nos processos *Krohn*<sup>130</sup>, *Siemers*<sup>131</sup> e *Granaria*<sup>132</sup>. Neste último caso, o Tribunal considerou que sendo o regulamento um acto normativo de carácter geral e obrigatório em todos os seus elementos, nos termos do artigo 189º, os Estados-membros não podiam recorrer a qualquer tipo de medidas internas susceptíveis de alterar o regime por ele estabelecido<sup>133</sup>. De seguida, o Tribunal afirmava que a aplicação da disposição nacional em causa seria contrária ao próprio sistema de repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros<sup>134</sup>. Portanto, o Tribunal de Justiça assumia que o assunto objecto de análise não se reduzia a um mero problema técnico-jurídico de interpretação do alcance de disposições do direito comunitário, mas que relevava da questão mais profunda da delimitação vertical de atribuições entre os ordenamentos jurídicos comunitário e nacional.

Uma tal ortodoxia jurisprudencial relativamente ao instrumento jurídico regulamento parece ter sido abandonada a partir do acórdão proferido no processo *Geddo*<sup>135</sup>, onde a existência de um regulamento comunitário deixou de ser considerada, em si mesma, como um factor de preclusão da

---

*Comunitario Europeo*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1986, p. 540.

<sup>130</sup> TJCE, 18 de Junho de 1970, *Hauptzollamt Bremen-Freihafen/Waren-Import-Gesellschaft Krohn & Co.*, Processo nº 74/69, Recueil 1970, p. 451.

<sup>131</sup> TJCE, 24 de Novembro de 1971, *Kurt Siemers & Co./Hauptzollamt Bad Reichenhall*, Processo nº 30/71, Recueil 1971, p. 919.

<sup>132</sup> TJCE, 30 de Novembro de 1972, *NV Granaria Graaninkoopmatschappij / Produktschap voor Veevoeder*, Processo nº 18/72, Recueil 1972, p. 1163.

<sup>133</sup> Rec. 1972, p. 1172, nº 16.

<sup>134</sup> Rec. 1972, p. 1172, nº 17.

<sup>135</sup> TJCE, 12 de Julho de 1973, *Riseria Luigi Geddo/Ente Nazionale Risi*, Processo nº 2/73, Recueil 1973, p. 865.

competência dos Estados-membros de adoptarem medidas internas nesse domínio de aplicação.

### 1.2. o carácter completo da regulamentação comunitária

Uma abordagem que também podemos classificar como de *occupation of the field*, ou seja, de ocupação do terreno normativo dos Estados insita nas decisões do Tribunal neste período é identificável nos acórdãos *Fleischkontor*<sup>136</sup>, *Hannoversche Zucker* e *Galli*. Nestes processos, abandona-se o argumento estritamente fundado na natureza do instrumento jurídico regulamento, defendendo-se antes a tese de que a regulamentação das organizações comuns de mercado constituiria um sistema completo e que, por este motivo, seriam consideradas como excluídas todas as disposições nacionais relacionadas com o seu âmbito de aplicação. A mesma atitude de *occupation of the field* é ainda detectável em *Van Haaster* onde o Tribunal considerou que o objectivo da disposição comunitária implicava que as autoridades nacionais fossem privadas da sua competência na matéria. Mas detenhamo-nos um pouco na análise destes acórdãos.

Em *Hannoversche Zucker*<sup>137</sup> discutia-se sobre a eventualidade da aplicação de disposições de direito nacional em virtude do silêncio do regulamento comunitário que estabelecia uma organização comum de mercado no sector do açúcar. Portanto, um problema de integração de lacunas do direito comunitário através do recurso a disposições do ordenamento jurídico alemão. O Tribunal, após ter constatado a existência da referida lacuna, declarou que a regulamentação da organização comum de mercado do açúcar devia ser considerada como constituindo um sistema completo no sentido em que não deixava aos Estados-membros a

---

<sup>136</sup> TJCE, 11 de Fevereiro de 1971, *Norddeutsches Vieh und Fleischkontor GmbH/Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, Processo nº 39/70, Recueil 1971, p. 58, ponto nº4.

<sup>137</sup> TJCE, 30 de Janeiro de 1974, *Hannoversche Zucker AG Rethen-Weetzen/Hauptzollamt Hannover*, Processo nº 159/73 Recueil 1974, p. 121.

possibilidade de integrar uma tal lacuna nos termos do seu direito nacional<sup>138</sup>. Não fez sequer qualquer referência ao conteúdo da disposição nacional e à sua eventual compatibilidade com os objectivos prosseguidos pela regulamentação comunitária do mercado comum do açúcar. Pelo contrário, baseado na existência de uma organização comum de mercado do sector, o Tribunal considera que o seu carácter completo - não obstante o facto de se verificarem situações lacunares - impede por si só a aplicação de normas nacionais neste domínio.

Este mesmo efeito preemptivo derivado da simples existência de uma organização comum de mercado foi confirmado no acórdão Galli<sup>139</sup>. Neste processo, o Tribunal foi questionado sobre a interpretação dos regulamentos que estabeleciam as organizações comuns de mercado nos sectores dos cereais e das matérias gordas. Estava em causa a compatibilidade, com o conteúdo destes regulamentos, de certas disposições de um decreto-lei italiano, relativo à disciplina de preços, o qual era motivado por objectivos de política económica e de combate à inflação. Os aludidos regulamentos comunitários definiam um sistema comum de preços aplicável às fases de produção e de comércio por grosso. O Tribunal considerou, sem proceder sequer a qualquer exame do conteúdo das disposições italianas, que a existência de uma organização comum de mercado e, por maioria de razão, quando esta assentava num regime comum de preços, excluía todo o tipo de regulamentação nacional sobre esta matéria<sup>140</sup>. Contudo, o Tribunal refere que os sistemas comuns de preços previstos pelos regulamentos em causa se aplicavam apenas às fases de produção e comércio por grosso, pelo que, esses actos deixavam intacto a competência dos Estados-membros de adoptarem medidas adequadas sobre a formação de preços nas fases de venda a retalho e de consumo, desde que essas

---

<sup>138</sup> Rec. 1974, p.129, n°4.

<sup>139</sup> TJCE, 23 de Janeiro de 1975, *Filippo Galli*, Processo n° 31/74, Recueil 1975, p. 47.

<sup>140</sup> Rec. 1975, p. 62, n° 15 e p. 64 n° 29.

medidas não pusessem em causa os objectivos<sup>141</sup> e o funcionamento das organizações de mercado<sup>142</sup>. Uma orientação bastante semelhante a esta, muito embora com uma motivação menos perceptível, é a que resulta do acórdão proferido no caso *Van Haaster*<sup>143</sup>.

Neste processo o Tribunal foi solicitado a pronunciar-se sobre a compatibilidade com o regulamento que estabelece uma organização comum de mercado no sector das plantas vivas e da floricultura, de certas disposições holandesas relativas ao cultivo de jacintos. As disposições nacionais em causa introduziam, por motivos de controlo de qualidade, um regime restritivo da cultura dos jacintos. O artigo 10º do regulamento comunitário proibia as restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente, no âmbito daquela organização de mercado. Apesar do Tribunal reconhecer que as disposições nacionais e o preceito do direito comunitário se referiam a fases distintas do circuito económico, respectivamente à produção e à comercialização, o órgão jurisdicional comunitário declarou, algo surpreendentemente, que a norma comunitária excluía a existência de um tal regime de direito interno<sup>144</sup>. Na verdade, não tendo as duas normas em confronto o mesmo objecto não se percebe por que razão o Tribunal se preocupou em fornecer uma tal interpretação extensiva do preceito comunitário em termos que a simples existência do regime nacional devia ser considerada como um obstáculo à realização do escopo da organização comum de mercado e, por via disso, se devia esvaziar a competência das autoridades nacionais em matéria de objectivo tão legítimo quanto menos curado, como o controlo da qualidade da produção.

---

<sup>141</sup> Rec. 1975, p. 65, nº 34.

<sup>142</sup> Waelbroeck considera Galli como a expressão mais clara de uma atitude federalista, por parte do Tribunal, em matéria do efeito preemptivo do regime jurídico das organizações comuns de mercado, ver "The Emergent Doctrine of Community Pre-emption - Consent and Re-delegation" in T. Sandalow & E. Stein (edited by), *Courts and Free Markets - Perspectives from the United States and Europe*, Volume II, Clarendon Press - Oxford, 1982, p. 559.

<sup>143</sup> TJCE, 30 de Outubro de 1974, *Officier van Justitie/J. W. J. van Haaster*, Processo nº 190/73 Recueil 1974, p. 1123.

<sup>144</sup> Rec. 1974, p.1133 nº 5 e p. 1134 nº 18.

### 1.3. as medidas suplementares

Encontramos ainda uma perspectiva de ocupação do terreno normativo, sob a forma particular da preclusão de disposições nacionais suplementares, no caso *Grosoli*, onde se impediu que os Estados-membros pudessem adoptar medidas suplementares ao regime definido pelo regulamento comunitário, na falta de uma disposição expressa de autorização deste último. Ou ainda em *van den Hazel* onde se conferiu ao silêncio do regulamento um efeito de exclusão das medidas nacionais complementares.

O problema da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros, a propósito da gestão de uma contingente pautal, constituía o objecto de litígio no caso *Grosoli*<sup>145</sup>. Em particular, o Tribunal era questionado sobre se o artigo 3º do regulamento comunitário que definia a repartição de um contingente de carne bovina importada e que atribuía aos Estados-membros a gestão da sua quota-parte nos termos das suas disposições internas, permitia que estes pudessem decidir sobre o destino da quantidade da carne que lhes era atribuída. No seu acórdão, o Tribunal considerou que na falta de uma disposição expressa do regulamento sobre esta questão, os Estados-membros não podem introduzir condições de utilização do seu contingente que visem a realização de objectivos de política económica, na medida em que a norma do artigo 3º do regulamento devia ser entendida como uma atribuição de competências aos Estados-membros limitada a aspectos técnico- processuais<sup>146</sup>. O Tribunal, portanto, adopta uma atitude minimalista do conteúdo da competência dos Estados-membros na gestão da sua quota-parte do contingente comunitário, não permitindo às autoridades nacionais comportamentos que o regulamento,

<sup>145</sup> TJCE, 12 de Dezembro de 1973, *Procédure pénale contre Giulio et Adriano Grosoli*, Processo nº 131/73, Recueil 1973, p.1555.

<sup>146</sup> Rec. 1973, p. 1566, nº 8-9.



em princípio, lhes não interditavam e confinando o limite da competência destas aos procedimentos administrativos.

Uma posição semelhante, mas desta feita relativamente ao silêncio da Comissão, foi seguida no acórdão *van den Hazel*<sup>147</sup>. Neste caso, o órgão jurisdicional holandês colocou ao Tribunal a compatibilidade com o direito comunitário e em particular com o regulamento que estabelece uma organização comum de mercado no sector da carne de aves, de medidas nacionais que fixavam quotas relativas ao abate de frangos, adoptadas numa conjuntura de sobreprodução. Apesar de reconhecer que o regime comunitário não previa um sistema de intervenção e que a Comissão tinha sugerido aos produtores a adopção de medidas voluntárias de limitação da produção - as quais não tendo sido possível adoptá-las nos Países Baixos foram supridas através de um despacho ministerial que confirmava uma decisão de um organismo inter-profissional - o Tribunal considerou a inexistência de medidas de intervenção no regulamento comunitário não como fruto de uma omissão ou expressão da vontade de permitir a adopção deste tipo de medidas pelos Estados-membros, mas como consequência de uma escolha de política económica de remeter a regulação dos níveis da procura e da oferta ao livre jogo das forças de mercado<sup>148</sup>. Como se vê, o Tribunal ao pretender valorar a omissão do regulamento comunitário estabeleceu um critério de apreciação que é precisamente o oposto daquele que resultava do acórdão *Amsterdam Bulb* e que, por atribuir ao silêncio o valor de uma presunção de exclusão de medidas complementares nacionais, determina a invalidade da intervenção dos Estados-membros.

Esta perspectiva das competências comunitárias também transparece, de certo modo, no acórdão *Cucchi*<sup>149</sup> onde o

---

<sup>147</sup> TJCE, 18 de Maio de 1977, *Officier van Justitie/Beert van den Hazel*, Processo n.º 111/76, Recueil 1977, p. 901.

<sup>148</sup> Rec. 1977, p. 910, n.º 16.

<sup>149</sup> TJCE, 25 de Maio de 1977, *Entreprise F.lli Cucchi/Avez SpA*, Processo n.º 77/76 Recueil 1977, p. 987.

Tribunal considerou que nos termos do regulamento que estabelecia a organização de mercado do açúcar, a competência para adoptar medidas específicas que interviesses no mecanismo da formação de preços pertencia, salvo disposição expressa em contrário, em exclusivo à Comunidade<sup>150</sup>. Ou seja, o Tribunal de Justiça parece motivar esta decisão de um modo estritamente formal, limitando-se a uma referência conceptual à repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros<sup>151</sup> e não se preocupando, sequer, em verificar se as medidas nacionais contrariavam os objectivos e o funcionamento da organização de mercado do açúcar<sup>152</sup>. Uma argumentação idêntica pode ainda ser encontrada na decisão proferida no caso *Balkan*<sup>153</sup>, a propósito da regulamentação relativa à instituição e cobrança dos montantes compensatórios monetários<sup>154</sup> na importação de produtos agrícolas provenientes de países terceiros.

## **2. A admissibilidade de disposições normativas nacionais**

### **2.1. o conflito directo de normas**

Constata-se, por outro lado, o emprego de uma metodologia de *conflict preemption* a partir do acórdão proferido no caso *Geddo*, onde se procedeu a um exame directo da compatibilidade das disposições nacionais com as do

---

<sup>150</sup> Rec. 1977, p.1009, n°35.

<sup>151</sup> Waelbroeck, M., *The Emergent Doctrine of Community Pre-emption - Consent and Re-delegation*, op. cit. (1982) p. 564.

<sup>152</sup> René Barents refere o acórdão *Cucchi* como exemplo concreto de uma situação onde a exclusividade das competências comunitárias se alcança através da preempção das prerrogativas nacionais. Cfr. *The Agricultural Law of the EC - An Inquiry into the Administrative Law of the European Community in the Field of Agriculture*, op. cit., p. 58.

<sup>153</sup> TJCE, 28 de Junho de 1977, *Balkan-Import-Export GmbH/Hauptzollamt Berlin-Packhof*, Processo n°118/76, Recueil 1977, p. 1177.

<sup>154</sup> Rec. 1977, p. 1188, n° 4.

regulamento comunitário. A passagem a uma abordagem deste tipo não foi, no entanto, imediata. O Tribunal foi alternando decisões proferidas com base numa técnica de conflito com outras fundadas numa atitude ainda orientada por uma perspectiva centralizadora das competências comunitárias. No entanto, a partir da segunda metade dos anos setenta as suas decisões são crescentemente motivadas de um modo próximo da *conflict preemption*. Tal é o caso dos acórdãos *Lahaille*, *Amsterdam Bulb* e *Pigs Marketing Board*, onde são reconhecíveis juízos típicos de uma análise fundada numa técnica de *direct conflict*.

Assim, no caso *Lahaille*<sup>155</sup> o Tribunal assumiu uma posição claramente oposta àquela que havia declarado no acórdão *Hannoversche Zucker*. Neste processo, a jurisdição nacional demandou o Tribunal a propósito da interpretação de um regulamento que fixava algumas normas complementares da organização comum de mercado no sector do vinho. Em causa estava a aplicação de uma norma de direito interno que estabelecia uma presunção jurídica como medida de controlo tendente a identificar casos de sobrealcoolização de vinhos. No âmbito da regulamentação comunitária não existia nenhuma disposição que previsse esta situação particular. O Tribunal, porém, preferiu assumir a existência de uma lacuna jurídica e preocupar-se em encontrar uma forma de a integrar do que recorrer ao carácter completo da regulamentação comunitária da organização de mercado, como havia feito em *Hannoversche Zucker*. Assim, depois de analisar o alcance da disposição nacional em causa, o órgão jurisdicional declarou que o direito comunitário não se opunha a que as autoridades francesas fizessem uso da presunção do seu direito interno<sup>156</sup>. Donde resulta a admissão de que a simples existência de uma organização comum de mercado não determinava, necessariamente, que os Estados-membros fossem por esse mesmo facto precludidos de

---

<sup>155</sup> TJCE, 30 de Setembro de 1975, *Procureur de la République à la Cour d'appel Aix-en-Provence et Fédération nationale des producteurs de vins de table et vins de pays/Paul Louis Lahaille et autres*, Processos apensos n.ºs 10 a 14/75, Recueil 1975, p. 1053.

<sup>156</sup> Rec. 1975, p. 1074, n.º 42.

aplicar normas de direito interno no seu âmbito de aplicação.

No processo *Amsterdam Bulb*<sup>157</sup>, o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a possibilidade de os Estados-membros adoptarem medidas de carácter complementar em relação ao regime das organizações comuns de mercado. O Tribunal, depois de uma análise detalhada do conteúdo e dos objectivos da regulamentação comunitária, concluiu que as medidas nacionais que fixavam preços mínimos à exportação eram compatíveis com o direito comunitário, na medida em que, não se podia inferir do silêncio da Comissão - contrariamente ao que havia declarado em *van den Hazel* - que esta pretendia que o preço de tais produtos fosse determinado segundo as regras de mercado<sup>158</sup>. Por outro lado, o Tribunal admitiu a competência dos Estados-membros de preverem sanções específicas - inclusivé de tipo penal - aplicáveis aos particulares, para o incumprimento de medidas comunitárias<sup>159</sup>. Uma atitude idêntica foi também assumida no acórdão *Pigs Marketing Board*<sup>160</sup>, onde o Tribunal preferiu contornar a questão da delimitação de competências, num contexto que era claramente desfavorável à manutenção do regime resultante da aplicação do direito interno para se pronunciar numa perspectiva de conflito directo de disposições normativas<sup>161</sup>.

## 2.2. obstáculo aos objectivos das organizações de mercado

Nas decisões que proferiu nos casos *Van der Huslt*, *Russo*, *Tasca / SADAM*, *Dechmann*, *Bussone*, *Hirsch* e *Pigs and Bacon Commission*, o Tribunal procurou orientar o seu entendimento num sentido de admitir todo o tipo de disposições nacionais

---

<sup>157</sup> TJCE, 2 de Fevereiro de 1977, *Amsterdam Bulb B.V./Produktschap voor Siergewassen*, Processo nº 50/76, Recueil 1977, p. 137.

<sup>158</sup> Rec. 1977, p. 149, nº 26-28.

<sup>159</sup> Rec. 1977, p. 150, nº 32-33.

<sup>160</sup> TJCE, 29 de Novembro de 1978, *Pigs Marketing Board/Raymond Redmond*, Processo nº 83/78, Recueil 1978, p. 2347.

<sup>161</sup> Recueil 1978, p. 2375, ponto nº 65..

que relevem do mesmo domínio de aplicação da regulamentação comunitária, desde que estas não ponham em causa os objectivos e o funcionamento da organização de mercado. Ou seja, recorreu a uma linha de argumentação similar àquela que se apontou, a propósito do direito norte-americano, como de *obstacle conflict*.

A posição que o Tribunal de Justiça tinha assumido em *Galli*, a propósito do efeito preemptivo do estabelecimento de uma organização comum de mercado, parece não ter sido seguida no acórdão *Van der Hulst*<sup>162</sup> o qual, curiosamente, foi proferido no mesmo dia<sup>163</sup>. Neste processo, o órgão jurisdicional holandês demandou o Tribunal sobre a compatibilidade de certas disposições nacionais com o regulamento que estabeleceu uma organização comum de mercado no sector das plantas vivas e dos produtos da floricultura. Em causa estava a admissibilidade, com referência à regulamentação comunitária, de dois encargos previstos pela legislação interna, que incidiam sobre a comercialização de bolbos de flores. O Tribunal depois de recordar que, nos termos do Tratado, os Estados devem-se abster-se de toda e qualquer medida que interfira com a regulamentação das organizações comuns de mercado, considerou que seria necessário analisar se as disposições objecto de litígio eram compatíveis com o acto comunitário em causa. Após ter referido que este instrumento jurídico não se pronunciava sobre a compatibilidade das regulamentações nacionais com as organizações comuns de mercado, o Tribunal declarou que a admissibilidade daquelas dependeria do facto de as mesmas não interferirem com os objectivos do regulamento comunitário<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> TJCE, 23 de Janeiro de 1975, *P.J. Van der Hulst's Zonen/Produktschap voor Siergewassen*, Processo n° 51/74, Recueil 1975, p. 79.

<sup>163</sup> Cfr. Waelbroeck, M., *The Emergent Doctrine of Community Pre-emption - Consent and Re-delegation*, op. cit. (1982) p. 559.

<sup>164</sup> Rec. 1975, p. 95, n°25-28.

Esta linha de abertura jurisprudencial consolida-se através da doutrina que emerge dos acórdãos paralelos *SADAM*<sup>165</sup> e *Tasca*<sup>166</sup>. Em ambos estes processos, tribunais italianos demandaram o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do regulamento comunitário que criava uma organização comum de mercado do açúcar e que lhe estabelecia um regime de preços comuns. No processo *SADAM*, o juiz nacional pedia que o Tribunal se pronunciasse sobre se a competência comunitária em matéria de fixação de preços do açúcar teria carácter exclusivo e sobre a legitimidade de intervenções unilaterais dos Estados-membros nesta matéria. Embora começando por referir o acórdão *Galli*, o Tribunal afastou-se da jurisprudência deste último ao afirmar que as regulamentações nacionais de preços agrícolas que visem as mesmas fases comerciais que o regime de preços comunitários correm o risco de entrar normalmente em colisão com este regime<sup>167</sup>, admitindo, implicitamente, que os Estados-membros não estão precludidos de emanar este tipo de regulamentações internas. Em seguida, o Tribunal afirma que o critério da admissibilidade de tais regulamentações nacionais assenta no facto de as mesmas não porem em causa os objectivos e o funcionamento das organizações de mercado, remetendo-se a uma detalhada análise dos objectivos do regulamento comunitário e deixando às jurisdições nacionais o juízo sobre a sua compatibilidade com as disposições internas. Uma atitude idêntica em matéria de sistemas comuns de preços pode ser também encontrada nos acórdãos proferidos nos casos *Russo*<sup>168</sup> e

---

<sup>165</sup> TJCE, 26 de Fevereiro de 1976, *Società SADAM et autres/Comité interministériel des prix et ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat et autres*, Processos apensos n.ºs 88 a 90/75, Recueil 1976, p. 323.

<sup>166</sup> TJCE, 26 de Fevereiro de 1976, *Ricardo Tasca*, Processo n.º 65/75, Recueil 1976, p. 291.

<sup>167</sup> Recueil 1976, p. 337, n.º 7 e p. 307, n.º 6.

<sup>168</sup> TJCE, 22 de Janeiro de 1976, *Carmino Antonio Russo/Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA)*, Processo n.º 60/75, Recueil 1976, p. 45, e em particular p. 55, ponto n.º 5.

Dechmann<sup>169</sup>, os quais mantêm o afastamento da jurisprudência proferida no acórdão Galli.

É interessante notar que Waelbroeck se referiu ao acórdão SADAM como denotando uma 'atitude mais conservadora' do Tribunal por contraposição a uma 'orientação de pendor liberal' que emanaria do acórdão Galli,<sup>170</sup>. Em ligação com o comentário deste mesmo autor a propósito da jurisprudência Galli, que ele considera como expressão mais clara de uma atitude federalista do Tribunal<sup>171</sup> em matéria do efeito preemptivo das organizações de mercado, pode-se concluir que Waelbroeck considerava como federalista e liberal a tendência centralizadora das competências comunitárias e apelidava de conservadora a orientação consistente em preservar as competências dos Estados-membros neste âmbito de actuação. Pessoalmente não concordamos com esta valoração das orientações do Tribunal em matéria do efeito preemptivo das disposições do direito comunitário. Ainda que defendamos vivamente o recurso à doutrina da preempção, pensamos que não devam ser transponíveis para o ordenamento comunitário as valorações político-ideológicas que se façam sobre este fenómeno nos Estados Unidos que constituem, como se sabe, uma realidade jurídico-política bem diversa da Comunidade Europeia. No entanto, as afirmações de Waelbroeck a propósito da jurisprudência relativa ao efeito preemptivo das organizações de mercado devem ser contextualizadas na época a que se reportam, não esquecendo que se tratava de uma fase que poderíamos considerar como 'construtivista' do direito comunitário e - em particular no domínio da afirmação das competências comunitárias - a qual se caracterizava por um forte activismo por parte do Tribunal, instituição que se assumia como o verdadeiro

<sup>169</sup> TJCE, 29 de Junho de 1978, *Procureur du Roi/P. Dechmann*, Processo n° 154/77, Recueil 1978, p. 1573, e em particular p. 1585, ponto n° 23.

<sup>170</sup> Waelbroeck, M., *Scope of Community pre-emption of matters covered by a common organization of the market*, *European Law Review*, 1977, p. 99-100.

<sup>171</sup> Waelbroeck, M., *The Emergent Doctrine of Community Pre-emption - Consent and Re-delegation*, op. cit. (1982) p. 559.

catalizador da chamada dinâmica de integração. Donde a propensão da doutrina para aplaudir as decisões do Tribunal que reforçassem a esfera de competências do centro do sistema, ainda que tal reforço se realizasse à custa de um esvaziamento progressivo das prerrogativas nacionais.

A atitude de abertura do Tribunal, em relação à coexistência de medidas de carácter nacional no âmbito da organizações comuns de mercado, foi prosseguida no acórdão *Bussone*<sup>172</sup>, onde se admitiu que os Estados-membros podiam estipular condições suplementares às fixadas pelo regulamento comunitário que instituiu a organização de mercado dos ovos, desde que aquelas respondessem aos objectivos e ao funcionamento da referida organização<sup>173</sup>. Semelhante argumentação foi ainda avançada pelo Tribunal, no confronto das disposições nacionais emanadas na área abrangida pelas organizações de mercado, nas decisões que proferiu nos casos *Hirsch*<sup>174</sup> e *Pigs and Bacon Commission*<sup>175</sup>.

## II A estabilização do entendimento jurisprudencial

A partir da década de oitenta, o entendimento dominante do Tribunal sobre a delimitação de competências em matéria de organizações de mercado tende a estabilizar-se em torno do seu eventual carácter exaustivo. Na jurisprudência que analisaremos seguidamente veremos que, tanto nos casos em que declara a ocupação do terreno normativo, como naqueles em que reconhece competências regulatórias aos Estados, o Tribunal recorre ao critério da natureza exaustiva da

---

<sup>172</sup> TJCE, 30 de Novembro de 1978, *Francesco Bussone/Ministère italien de l'agriculture*, Processo nº 31/78, Recueil 1978, p. 2429.

<sup>173</sup> Rec. 1978, p. 2445, nº 36.

<sup>174</sup> TJCE, 12 de Dezembro de 1978, *Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung/Jacob Hirsch & Söhne GmbH*, Processo nº 85/78, Recueil 1978, p. 2517, e em especial p. 2529, ponto nº 12.

<sup>175</sup> TJCE, 26 de Junho de 1979, *Pigs and Bacon Commission/Mc Carren and Company Limited*, Processo nº 177/78, Recueil 1979, p. 2161, e em particular p. 2190, pontos nº 19 e 20.



regulamentação comunitária, à semelhança do que sucede nas suas decisões relativas à aplicação do artigo 36º do Tratado. No entanto, trata-se de uma estabilização que diríamos tendencial porque, como se verá, encontraremos outro tipo de argumentos na motivação dos seus acórdãos.

## 1. As regulamentações exaustivas

A natureza exaustiva das regulamentações comunitárias foi introduzida pelo acórdão *Apple and Pear Development Council*<sup>176</sup>, onde o Tribunal se pronunciou pela compatibilidade das medidas emanadas por associações de agricultores - organizadas numa base nacional - com a regulamentação comunitária relativa às organizações de mercado. No tocante às disposições associativas relativas à qualidade dos produtos, o Tribunal considerou que revestindo as normas da organização comum de mercado do sector das frutas e legumes carácter exaustivo em matéria de qualidade, aquelas entidades estariam impedidas de adoptarem medidas unilaterais sobre o problema da qualidade desses produtos<sup>177</sup>. Porém, isso não impedia que tais associações, num esforço de melhorar a capacidade concorrencial dos seus membros, adoptassem recomendações relativas à qualidade e à apresentação dos produtos agrícolas. Estas recomendações não poderiam, contudo, ser impostas aos produtores associados devido ao carácter exaustivo da regulamentação comunitária. Portanto, a aceitação de medidas relativas à qualidade dos produtos, matéria exaustivamente regulada pela respectiva organização comum de mercado, dependeria para o Tribunal de Justiça da natureza não-vinculativa dessas mesmas disposições.

---

<sup>176</sup> TJCE, 13 de Dezembro de 1983, *Apple and Pear Development Council contre K.J.Lewis Ltd. et autres*, processo 222/82, Recueil 1983, p. 4083.

<sup>177</sup> Recueil 1983, p. 4121, ponto nº 23.

### 1.1. o enunciado das categorias preemptivas pela jurisprudência

Esta jurisprudência haveria de constituir o ponto de partida para a decisão que o Tribunal proferiu anos mais tarde no caso *CERAFEL*<sup>178</sup>. Neste processo o Tribunal era questionado por uma jurisdição nacional sobre a compatibilidade com a regulamentação da organização comum de mercado do sector das frutas e legumes das disposições de um agrupamento de produtores agrícolas que, nos termos da legislação francesa, se havia constituído em comité económico de base regional (comité económico regional de frutas e legumes da Bretanha, *CERAFEL*), as quais, por força de uma portaria ministerial de extensão, se tinham tornado vinculativas para todos os produtores da região em causa, independentemente da sua adesão ao referido agrupamento.

O Tribunal de Justiça, no acórdão que proferiu, começou por distinguir entre três diferentes tipos de situações conceptuais que seriam susceptíveis de se verificar no relacionamento das normas jurídicas provenientes dos dois ordenamentos em confronto: as medidas objecto da portaria de extensão referiam-se a aspectos que a organização comum de mercado regulou de modo exaustivo; essas medidas contrariavam disposições de direito comunitário; ou, por fim, tais normas constituíam um obstáculo ao funcionamento do regime previsto para as organizações de mercado<sup>179</sup>. Ou seja, na primeira hipótese temos que a regulamentação comunitária não deixava aos Estados competências para acrescentar quaisquer outras exigências normativas<sup>180</sup>, porque o seu carácter exaustivo significava que ela ocupou todo o terreno normativo em causa. Na segunda hipótese, existia um conflito directo entre o direito comunitário e

---

<sup>178</sup> TJCE, 25 de Novembro de 1986, *Association comité économique agricole régional fruits et légumes de Bretagne contre A. Le Champion*, processo 218/85, Recueil 1986, p. 3513.

<sup>179</sup> Recueil 1986, p. 3532, ponto n° 13.

<sup>180</sup> Recueil 1986, p. 3532, ponto n° 12.

as normas da portaria de extensão. Por fim, no último caso deparamos com uma situação em que muito embora não existisse um conflito directo de normas, as disposições da portaria ministerial constituíam, de alguma forma, um obstáculo para a realização dos objectivos estipulados pela referida organização comum de mercado.

Estas três diferentes hipóteses delineadas pelo Tribunal correspondem, de um modo muito próximo, à tipologia das situações de preempção das competências estaduais identificadas pela *Supreme Court* dos Estados Unidos, que referimos Parte I deste trabalho. A importância do ponto nº 13 do acórdão em análise reside no facto de, pela primeira vez, se encontrar nos esquemas conceptuais avançados pela jurisprudência comunitária, e sabemos como são escassos os acórdãos do Tribunal de Justiça que ensaiam esboços conceptuais<sup>181</sup>, uma abordagem do relacionamento de normas que se aproxima de um modo decisivo das ideias dominantes em que assenta a doutrina da preempção nos Estados Unidos. Na verdade, a única referência em falta nesta afirmação do Tribunal é, em nosso entender, à própria doutrina da preempção a qual, como se sabe, o Tribunal de Justiça nunca assumiu formalmente como um princípio geral do direito comunitário<sup>182</sup>, ou pelo menos, como um conceito de que se socorre para a resolução de situações que configurem conflitos de competências entre a Comunidade e os Estados-membros<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> René Barents considera que neste ponto do acórdão em análise, o Tribunal pretendeu 'codificar' a divisão de poderes entre a Comunidade e os Estados no âmbito das organizações de mercado. Cfr. *The Agricultural Law of the EC - An Inquiry into the Administrative Law of the European Community in the Field of Agriculture*, op. cit., p. 87.

<sup>182</sup> Diferentemente, veja-se a opinião do juiz Federico Mancini, o qual havia exercido precedentemente o cargo de advogado-geral, em *The making of a Constitution for Europe*, *Common Market Law Review*, 26, 1989, p. 603.

<sup>183</sup> No entender de Eugene Daniel Cross, este acórdão parece enunciar, formalmente, os princípios básicos da doutrina da preempção no direito comunitário. Cfr. *Pre-Emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis*, *Common Market Law Review*, 29, 1992, p. 450.

Uma decisão que, muito embora não empregue estas distinções conceptuais sobre o relacionamento entre as ordens jurídicas nacional e comunitária, aplica uma lógica decisional fundada num juízo de *occupation of the field*, e que recorda, de algum modo, a orientação que caracterizou a jurisprudência em matéria de preempção de competências nacionais no início dos anos setenta é a que resulta do acórdão *Wulro*<sup>184</sup>. Ainda que neste caso o Tribunal não tivesse declarado o carácter exaustivo da regulamentação comunitária, o seu veredicto foi no sentido da exclusão das disposições nacionais em causa, não obstante haver verificado que as mesmas não constituíam qualquer obstáculo ao funcionamento da respectiva organização de mercado, nem tão pouco violavam quaisquer normas comunitárias, sendo que, pelo contrário, o legislador comunitário acabou por consagrar um acto normativo em que adoptava disposições de sentido idêntico. Neste processo suscitava-se a questão da compatibilidade de certas disposições da regulamentação holandesa relativa à produção e comercialização de ovos com o regulamento sobre a matéria. Resultava dos autos processuais que o regulamento comunitário não regulava a questão da aposição de marcas sobre os ovos e respectivas embalagens, questão que constituía o objecto das referidas disposições holandesas. Uma posterior alteração da regulamentação comunitária veio não apenas regular esta questão como até consagrar as menções específicas reguladas pelas disposições nacionais em causa. No entanto, o Tribunal declarou que este facto, por si só, não bastaria para justificar retroactivamente tais medidas nacionais, motivando a sua decisão no facto de que as indicações relativas à origem dos ovos só seriam admissíveis quando fossem objecto de uniformização a nível comunitário<sup>185</sup>. Parece poder inferir-se deste acórdão que, pese embora o facto de não ter havido um exercício exaustivo de competência por parte da versão inicial do regulamento

---

<sup>184</sup> TJCE, 25 de Junho de 1986, *Groothandel in, Im- en Export van Eieren en Eiprodukten Wulro BV contre une décision judiciaire infligée par le Tuchtgerecht de la Stichting Scharreleieren-Controle*, Processo 130/85, Recueil 1986, p. 2035.

<sup>185</sup> Recueil 1986, p. 2047, ponto n.º 23.

comunitário, o Tribunal considerou que este ocupava todo o terreno da regulação relativa à produção e comercialização, mesmo que se verificassem eventuais situações lacunares. Quaisquer tentativas dos Estados para suprirem tais carências do legislador comunitário não seriam toleráveis, ainda que um acto comunitário posterior tivesse seguido a solução consagrada pelas autoridades holandesas. Donde resulta que os casos de ocupação do terreno normativo parecem manter, no quadro das organizações comuns de mercado, um alcance mais amplo das situações de exercício exaustivo da competência comunitária.

## **2. O concurso de disposições regulatórias**

Contrastando com as decisões referidas, encontramos durante este mesmo período de análise uma linha jurisprudencial em que o Tribunal continua a manifestar interesse em não precluir os Estados da possibilidade de continuarem a regular um determinado tipo de questões, as quais num entendimento menos permissivo poderiam ser consideradas como excluídas do seu âmbito de jurisdição.

Uma tal abertura por parte do Tribunal de Justiça, relativamente às medidas nacionais adoptadas no âmbito de produtos que integrem as organizações comuns de mercado, é detectável no acórdão *Jongeneel Kaas*<sup>186</sup>. Neste processo o Tribunal era questionado sobre a compatibilidade da regulamentação neerlandesa relativa à produção de queijo nos Países Baixos com o direito comunitário e, em particular, com as disposições que estabeleciam uma organização comum de mercado no sector do leite e dos produtos lácteos. A regulamentação holandesa em causa, em vista da promoção e defesa da qualidade dos seus produtos,

---

<sup>186</sup> TJCE, 7 de Fevereiro de 1984, *Jongeneel Kaas BV et autres contre État néerlandais et Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole*, Recueil 1984, p. 483.

estabelecia uma lista das variedades de queijo que se podiam produzir em território holandês. A questão que se punha era a de saber se, após a adopção do regulamento que estabelecia uma organização comum de mercado para o sector, os Estados-membros tinham competência para adoptar medidas nesta mesma área, ainda que a organização de mercado não tivesse, até então, previsto qualquer tipo de disposições da natureza daquelas que eram objecto de litígio, ou seja, relativas à qualidade dos produtos e à sua denominação.

Rejeitando a posição da Comissão, a qual considerava que a adopção de uma tal lista constituía uma violação da competência exclusiva da Comunidade<sup>187</sup> de regular a liberdade de acesso dos operadores ao mercado, o Tribunal aplicou a jurisprudência do seu acórdão *Pigs and Bacon Commission*, declarando que não se podia deduzir do silêncio da regulamentação comunitária em causa que a Comunidade tivesse decidido, consciente e necessariamente, a obrigação dos Estados-membros respeitarem um sistema absoluto de liberdade de produção. Na verdade, na falta de qualquer tipo de regulamentação comunitária relativa à qualidade deste tipo de produtos, o Tribunal considerava que os Estados conservavam a competência<sup>188</sup> para impôr um tal tipo de medidas aos produtores estabelecidos no seu território<sup>189</sup>. Esta competência abrangia não apenas as normas consideradas como necessárias à protecção dos consumidores e da saúde pública, mas também as medidas nacionais que visassem promover a qualidade da produção nacional, sendo ainda de referir que este tipo de

---

<sup>187</sup> Recueil 1984, p. 501.

<sup>188</sup> Recueil 1984, p. 502, ponto n° 13.

<sup>189</sup> Fundado na jurisprudência deste acórdão, o Tribunal declararia na decisão que proferiu no processo *Marie-Louise Forest* que não se poderia deduzir do simples silêncio da regulamentação comunitária, relativa às organizações comuns de mercado, que os Estados-membros não detinham mais competências para adoptar medidas nesses mesmos domínios. E acresce que, o facto de o legislador comunitário não ter regulado os aspectos controvertidos que se suscitavam neste processo permitia, pelo contrário, que se entendesse que aquele havia deixado tais questões na competência dos Estados-membros afim de estes tomarem as medidas que julgassem mais apropriadas para a melhoria das estruturas daquele sector agrícola. Cfr. TJCE, 25-11-1986, Processo 148/85, Recueil 1986, p. 3474, ponto n° 14.

disposições se devia considerar abrangido pelos objectivos estipulados no artigo 39º do Tratado para a realização da política agrícola comum. Portanto, o Tribunal de Justiça não se limitou a rejeitar a posição centralizadora e exclusivista da Comissão, como procurou ainda justificar a sua decisão numa interpretação das disposições do direito comunitário que permitisse conciliar as finalidades atendíveis da regulamentação nacional com os objectivos da organização de mercado respectiva, afastando a hipótese da existência de um qualquer conflito concreto de normas entre os dois ordenamentos jurídicos em presença, na medida em que o cumprimento das prescrições definidas por cada uma destas ordens jurídicas não prejudicava o desrespeito das medidas adoptadas pela outra<sup>190</sup>. No fundo, as disposições nacionais seriam de considerar como complementares das previstas pela regulamentação comunitária porque se aceitou que se inscreviam dentro da mesma linha de prosseguimento dos objectivos que norteiam toda a política agrícola, nos termos em que estes resultavam do próprio Tratado.

O limite desta jurisprudência podê-lo-emos considerar de ordem constitucional, ou seja, as medidas que os Estados são admitidos a adoptar não poderão contrariar os princípios fundamentais da Comunidade, nomeadamente, o princípio da liberdade de circulação de mercadorias<sup>191</sup>. O

---

<sup>190</sup> Weatherill, a propósito deste acórdão considera que o Tribunal declarou que o regulamento em causa, o qual estabelece a organização comum de mercado do leite e produtos lácteos, ocupou um terreno próximo do da questão em análise, mas que não ocupou o terreno específico relativo à qualidade do queijo tendo, por isso, preservado a competência nacional nesta matéria. Cfr. Weatherill, S., *Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community*, in O'Keeffe, D., Twomey, P.M. (edited by), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing, London, 1994, p. 18. Pensamos que, na medida em que o acórdão não refere quais os aspectos do mercado do leite e seus derivados que são de considerar como obedecendo exclusivamente à regulamentação comunitária, seja preferível, inclusivamente por uma questão de fidelidade ao texto do acórdão, interpretar a decisão no sentido que propomos, ou seja, em termos de análise concreta do alcance das disposições em confronto.

<sup>191</sup> Cfr. acórdão do TJCE, de 23 de Fevereiro de 1988, *Commission des Communautés européennes contre République française*, Processo 216/84, Recueil p. 814 nº 19, a propósito de disposições normativas internas relativas à comercialização de leite em pó adoptadas na ausência de regulamentação comunitária sobre a matéria.

que significa que tais disposições nacionais deverão respeitar o dispositivo do artigo 30º do Tratado ou, pelo menos, serem justificadas à luz de um dos motivos taxativamente enumerados no seu artigo 36º. Este limite é uma condicionante de ordem geral que abrange tanto os casos em que se considera que os Estados-membros mantêm competências para a adopção de disposições normativas em virtude do carácter não exaustivo da regulamentação comunitária, como as situações em que é a própria regulamentação que estabelece mecanismos de reserva das competências nacionais relativamente à regulação de determinados aspectos dessas mesmas matérias<sup>192</sup>. Se este limite se nos afigura como absolutamente lógico e pacífico - pois a liberdade de circulação de mercadorias constitui uma trave fundamental do processo de integração europeia tendo o Tribunal através da interpretação destas disposições do Tratado conferido uma verdadeira e própria dignidade constitucional à jurisprudência que se lhe refere<sup>193</sup> - já o alcance da invocação deste princípio fundamental nos parece de algum modo unilateral. Na verdade, se não se hesita em estabelecer um segundo controlo à legalidade das disposições normativas dos Estados-membros através da verificação da sua conformidade com as disposições constitucionais em matéria de livre circulação de bens - sendo que um primeiro controlo é aquele que respeita à questão da existência de competências - por que razão nas situações em que as disposições nacionais emanadas em domínios onde supostamente a regulamentação comunitária precluiu os Estados das suas competências normativas quando não contrariem os artigos

---

<sup>192</sup> Como resulta do acórdão do TJCE, de 9 de Junho de 1992, *Établissements Delhaize frères et Compagnie Le Lion SA contre Promalvin Sa et AGE Bodegas Unidas SA*, Processo, C-47/90, Recueil 1992, p. I-3711, ponto nº 25, relativo à comercialização de vinhos de qualidade produzidos em regiões demarcadas.

<sup>193</sup> Weiler refere-se-lhes como fazendo parte da afirmação jurisprudencial de princípios constitucionais de carácter material, distinguindo-os daqueles outros de natureza estrutural como sejam os princípios do primado e do efeito directo. Cfr. Weiler, J.H.H., *Journey to an Unknown Destination: A Restropective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, *Journal of Common Market Studies*, Vol.31, 1993, p. 428.



30º e 36º do Tratado não devam poder sobreviver ao escrutínio do controlo de legalidade? Se assim fosse, a aplicabilidade do artigo 30º perderia o seu carácter unilateral<sup>194</sup>, na medida em que permitiria salvaguardar a adopção de medidas nacionais que, conquanto não sejam contrárias ao seu conteúdo, veem a sua aplicabilidade prejudicada por motivos que se prendem com o estabelecimento da linha divisória da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros. Na medida em que o Tratado de Maastricht veio introduzir os mecanismos de princípio que visam refrear o avanço dessa mesma fronteira de competências em favor da Comunidade, em detrimento da margem de manobra dos Estados-membros, não se vê por que razão não se possa alargar o âmbito da invocação do princípio constitucional do artigo 30º e, deste modo, dar cumprimento a uma ideia estruturante do modo de repartição de competências que decorre do Tratado da União Europeia.

## 2.1. o conflito de normas

Uma situação que apresenta alguma similitude com o acórdão *Jongeneel Kaas* é aquela que encontramos na decisão que o Tribunal proferiu no caso *Prantl*<sup>195</sup>, onde o Tribunal de Justiça foi questionado sobre a compatibilidade com o direito comunitário das disposições nacionais sobre o vinho e bebidas alcoólicas e, em particular, das normas relativas à comercialização de vinhos em certo tipo de garrafas. Em causa estava a venda de vinhos provenientes da região de Bolzano, em garrafas de tipo *Bocksteubel*, as quais, nos termos da regulamentação interna alemã constituíam um modelo exclusivo dos vinhos nacionais de qualidade produzidos na região demarcada da Francónia. As autoridades alemãs haviam intentado um procedimento penal contra

<sup>194</sup> Sobre a unilateralidade da orientação da jurisprudência comunitária, ver . Burley, A.M., Mattli, W., *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, op. cit., p. 60.

<sup>195</sup> TJCE, 13 de Março de 1984, *Procédure pénale contre Karl Prantl*, Processo 16/83, Recueil 1984, p. 1299.

Prantl, importador italiano de vinhos originários de Bolzano, acusando-o de utilização abusiva daquele modelo de garrafas. Refira-se, porém, que o engarrafamento dos vinhos de Bolzano em recipientes do modelo *Bocksteubel* tinha naquela região italiana uma tradição secular.

No entender da Comissão, os Estados-membros estariam desprovidos da competência para manter ou adoptar qualquer tipo de medidas de direito interno no domínio considerado<sup>196</sup>, visto que a regulamentação comunitária teria carácter exaustivo, na medida em que compreenderia todo o tipo de disposições úteis relativas à apresentação dos vinhos e à utilização de certos recipientes identificativos da sua qualidade e origem. O Tribunal de Justiça usou de uma abordagem muito próxima daquela seguida no acórdão *Jongeneel Kaas*, embora começasse por afirmar o princípio de que se a regulamentação de uma organização de mercado fôr considerada como um sistema completo os Estados-membros serão considerados, salvo a existência de uma especial disposição em contrário, como desprovidos de todas as competências normativas nessas matérias<sup>197</sup>. De seguida, o Tribunal pôs em causa que a regulamentação da organização comum de mercado apresentasse um carácter completo no tocante às questões em análise, ou seja, ao modelo das garrafas e da respectiva protecção jurídica, para concluir que o simples facto da regulamentação comunitária também abranger aquela problemática - a propósito da protecção que conferia às garrafas tipo *flûte de Alsace* - não permitir que daí se deduzisse que o legislador comunitário tivesse esgotado<sup>198</sup> tal aspecto da regulamentação do mercado vitivinícola<sup>199</sup>. Recorrendo, deste modo, a uma interpretação bastante generosa para afastar as pretensões preemptivas da

---

<sup>196</sup> Recueil 1984, p. 1324.

<sup>197</sup> Recueil 1984, p. 1324, ponto nº 13.

<sup>198</sup> Recueil 1984, p. 1325, ponto nº 16.

<sup>199</sup> Encontramos a aplicação da jurisprudência Prantl no acórdão que o Tribunal proferiu no caso *Comissão/R.F.A.*, de 4-12-1986, Processo 179/85, Recueil 1986, p. 3897, ponto nº 7, muito embora a decisão do Tribunal tivesse considerado a regulamentação alemã em causa como uma medida de efeito equivalente contrária ao disposto no artigo 30º do Tratado.

Comissão e adoptando uma técnica hermenêutica baseada num propósito de compatibilização das disposições nacionais com as regras comunitárias.

Na verdade, o Tribunal poderia ter adoptado o argumento a contrario - partindo do pressuposto de que as regulamentações das organizações de mercado são de molde a constituir sistemas tendencialmente completos - para afastar a competência das autoridades alemãs de manterem tais disposições em vigor, afirmando que se as normas comunitárias apenas prevêm a protecção jurídica do modelo de garrafa *flûte de Alsace* é por que não pretendem alargar essa mesma protecção de propriedade industrial a nenhum outro modelo de recipiente de vinhos produzidos em território da Comunidade Europeia. Ao não o fazer, o órgão jurisdicional comunitário procurou uma solução do conflito de competências que se lhe deparava valendo-se de uma técnica de conflito de normas, o que permitiu salvaguardar a aplicabilidade das disposições nacionais.

### 3. *Tertium genus* ou nova direcção?

Uma espécie de *tertium genus* na divisão que o Tribunal vinha fazendo, sobretudo durante a década de oitenta, da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros ao nível das áreas abrangidas pelas organizações comuns de mercado surge na jurisprudência que resulta do acórdão *Van Miert*. Esta decisão é surpreendente na medida em que aparece num período em que o Tribunal parece encaminhar-se para uma lógica decisional fundada no carácter exaustivo da regulamentação comunitária, fazendo depender a permanência de competências normativas dos Estados-membros - no quadro das questões objecto de regulação por parte das organizações de mercado - do facto de os respectivos regulamentos possuírem ou não, em seu entender, natureza exaustiva. Mas a orientação deste

acórdão surpreende, sobretudo, porque transporta para o domínio específico das organizações comuns de mercado um conceito que havia sido desenvolvido em sede da sua jurisprudência relativa à conservação dos recursos marítimos, matéria que releva, nos termos do direito constitucional comunitário, da competência exclusiva da Comunidade. Pelo que, não deixa de provocar certa estranheza o facto de o Tribunal aplicar um tal tipo de conceito às organizações comuns de mercado onde, segundo a sua jurisprudência, as situações de exclusividade de competências comunitárias derivam da natureza exaustiva dos actos de direito comunitário derivado.

No processo *Van Miert*<sup>200</sup> o Tribunal foi questionado por uma jurisdição nacional sobre a conformidade com o direito comunitário de normas internas relativas à qualidade e à comercialização da carne de aves. Estes produtos encontravam-se sujeitos a uma organização comum de mercado. O regulamento que estabeleceu esta organização previa a adopção de medidas em sede de qualidade e comercialização de tais produtos as quais, porém, não haviam ainda sido adoptadas pelas instituições comunitárias. Pretendia-se saber se os Estados-membros, numa situação caracterizada pela carência do legislador comunitário, teriam competência para, no interior do seu território, regular uma tal matéria. A Comissão, num primeiro momento<sup>201</sup>, pronunciou-se contra tal faculdade dos Estados afirmando, textualmente, que o legislador comunitário havia manifestado a sua intenção de 'ocupar o terreno'<sup>202</sup> em causa. Registe-se que esta constitui a primeira tentativa de uso literal, por parte de uma instituição comunitária, da modalidade de

---

<sup>200</sup> TJCE, 28 de Março de 1984, *Procédures d'appel administratif introduites contre une mesure disciplinaire par Pluimveeslachterij Midden-Nederland BV et Pluimveeslachterij C. Van Miert BV*, processos apensos 47 e 48/83, Recueil 1984, p. 1721.

<sup>201</sup> Na verdade, a Comissão, na sequência de questões que lhe foram colocadas pelo Tribunal, acabou por tomar uma posição mais razoável concedendo em que seria difícil continuar a defender que a Comunidade teria competência exclusiva na matéria, na medida em que tais competências não haviam sido ainda objecto de exercício. Cfr. Recueil 1984, p. 1736, ponto n.º 13.

<sup>202</sup> Recueil 1984, p. 1736, ponto n.º 12.

*occupation of the field*, entendida enquanto variante da doutrina da preempção, na análise de jurisprudência que vimos empreendendo. É sintomático, aliás, que tenha sido a Comissão a invocá-la visto esta instituição se ter revelado, de entre as instituições pró-integracionistas, como sendo aquela que maior propensão revelou para favorecer uma concepção da delimitação de competências entre a Comunidade e os Estados que demonstrava uma atitude fortemente centralizadora e um reforço acentuado das competências deste mesmo 'centro' em detrimento das suas unidades constituintes.

O Tribunal de Justiça, no acórdão que proferiu, começou por constatar a quase completa carência do legislador comunitário afirmando, de seguida, que numa situação deste tipo a manutenção ou a adopção de medidas nacionais por parte dos Estados-membros em vista da realização, no seu território, dos objectivos da organização comum de mercado não suscitaria problemas. Porém, e este é o aspecto surpreendente da decisão, o Tribunal declarou que tais medidas não deveriam ser consideradas como relevando do exercício de uma competência própria dos Estados, mas em resultado do seu dever de cooperação decorrente do artigo 5º do Tratado<sup>203</sup>. Assim sendo, as medidas adoptadas pelos Estados teriam necessariamente um carácter interino e provisório, devendo estes fazer cessar a sua aplicabilidade a partir do momento em que fossem aprovadas disposições comunitárias sobre o assunto. Confessamos, na verdade, que temos dificuldade em entender por que razão o Tribunal se socorreu de um princípio que pronunciou num contexto tão diferente como o das medidas de conservação dos recursos marítimos<sup>204</sup>. Por que motivo se terá afastado da jurisprudência do seu acórdão *Jongneel Kaas*, proferido apenas um mês antes? Acresce que, em ambas as situações, o resultado decisório era de sentido idêntico, ou seja, que tais disposições nacionais seriam admissíveis na medida em

---

<sup>203</sup> Recueil 1984, p. 1738, ponto nº 23.

<sup>204</sup> Cfr. processo 804/79, de 5-5-1981, *Commission/Royaume-Uni*, Recueil 1981, p. 1076, ponto nº 30, acórdão já citado.

que não se revelassem incompatíveis com os objectivos enunciados pela organização comum de mercado.

Na verdade, a decisão pronunciada em *Van Miert* não só contrasta com aquilo que se poderia designar como o 'fio condutor' da jurisprudência comunitária recente em matéria de delimitação de competências no âmbito das organizações de mercado - o carácter exaustivo da sua regulamentação - como parece também indicar uma nova direcção, na qual o Tribunal se poderia endereçar no futuro, que consistiria no tratamento destas competências comunitárias como pertencendo à exclusiva jurisdição da Comunidade<sup>205</sup>, afastando deste modo as ambiguidades resultantes da ideia de partilha de atribuições normativas. Refira-se, ainda, o caso *Dietz-Matti*<sup>206</sup>, a propósito dos auxílios a conceder à destilação de vinho no âmbito desta organização de mercado, como uma decisão onde o Tribunal usou de idêntica motivação.

### 3.1. o entendimento formalista

Uma apreciação diversa do alcance do acórdão *Van Miert* é a que resulta das conclusões que o advogado-geral Cruz Vilaça apresentou no caso *Comissão/Bélgica*<sup>207</sup>, onde ensaiou uma tentativa de sistematização da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à delimitação de competências entre a Comunidade e os Estados-membros no quadro das organizações comuns de mercado. Na verdade, o advogado-geral refere-se aos acórdãos *Jongneel Kaas* e *Prantl*, por um lado, e à jurisprudência *Van Miert*, por outro lado, como se entre eles existisse uma intrínseca coerência<sup>208</sup>. Mas nada diz

---

<sup>205</sup> Cfr. Usher, J.A., *Legal Aspects of Agriculture in the European Community*, op. cit., p.131.

<sup>206</sup> TJCE, 17 de Maio de 1990, *Weingut Dietz-Matti contre République fédérale d'Allemagne*, processo C-158/89, Recueil 1990, p. I-2013, em particular p. I-2036, pontos n.º 12 e 13.

<sup>207</sup> TJCE, 4 de Fevereiro de 1988, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, Processo 155/86, Recueil 1988, p. 693.

<sup>208</sup> Recueil 1988, p. 701-2, pontos n.º 19 a 27.

quanto ao contraste que caracteriza estas duas diferentes linhas de decisão e a clivagem que as mesmas deixam antever quanto à perspectiva e à amplitude do fenómeno da preclusão das competências nacionais. Como se viu, a jurisprudência *Jongneel Kaas e Prantl* estabelece a linha divisória de competências entre a Comunidade e os Estados-membros com base no carácter exaustivo da regulamentação comunitária. O que significa que nas questões não reguladas pelos actos comunitários, bem como naquelas não reguladas exaustivamente por esses mesmos actos, os Estados preservam as suas competências normativas. Ora, a afirmação deste princípio afigura-se-nos inconciliável com aquilo que o Tribunal declarou em *Van Miert*, ou seja, que a intervenção dos Estados-membros, na falta de disposições comunitárias, se processaria nos termos do seu dever de cooperação e no exercício de uma competência não-própria.

Mau grado o esforço compreensivo que denotam as suas conclusões, não podemos deixar de apontar que elas representam uma interpretação redutora e formalista - no sentido em que se esforçam por reduzir à unidade a diversidade de perspectivas em confronto, através de um suposto elemento de lógica jurídico-interpretativa<sup>209</sup> - a qual transparece no modo como o advogado-geral procura apresentar, dentro de uma mesma linha de continuidade, elementos jurisprudenciais que, em nosso entender, se afiguram como dificilmente conciliáveis.

#### 4. Apreciação

Da análise que realizámos da jurisprudência do Tribunal de Justiça neste particular domínio de actuação da Comunidade parece poder concluir-se que, após um período inicial

---

<sup>209</sup> Bobbio, N., *Dalla struttura alla funzione - Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 247.

marcado por uma assinalável variação do sentido e da motivação das suas decisões, o Tribunal tende a estabilizar a sua orientação dominante a partir da década de oitenta. Essa mesma estabilização respeita ao critério escolhido para delimitar as situações em que aos Estados é possível a adopção de disposições internas em áreas que tenham sido objecto de regulação por parte de uma organização comum de mercado. Esse critério é, como vimos, o do carácter exaustivo da regulamentação comunitária. Trata-se, porém, de uma estabilização tendencial porque, como se referiu, encontramos acórdãos onde o Tribunal parece desviar-se desta mesma orientação dominante.

Ora, o recurso ao critério da exaustividade da regulamentação comunitária significa que se deve considerar que, nos casos em que se declare que estas normas regulam exaustivamente as questões que constituem o seu objecto, aos Estados não é concedido qualquer espaço de intervenção normativa porque se retém que o esforço legislativo comunitário esgotou o tratamento regulatório dessas questões<sup>210</sup>. Por outras palavras, que a Comunidade ocupou esse terreno normativo. Temos, então, o critério da exaustividade como um equivalente funcional da modalidade de *occupation of the field* empregue pela doutrina da preempção no direito norte-americano.

É claro que, a declaração do carácter exaustivo de um determinado regulamento comunitário é uma decisão que pressupõe, normalmente, uma larga margem de apreciação ao intérprete - elemento este que releva da natureza profunda da função jurisdicional - pelo que uma jurisprudência que favoreça a ideia da exaustividade das normas comunitárias deixa transparecer a sua perspectiva do relacionamento que devem manter os ordenamentos jurídicos comunitário e

---

<sup>210</sup> Cfr. acórdão de 18 de Setembro de 1986, *Commission contre R.F.A.*, processo 48/85, Recueil 1986, p. 2549, onde o Tribunal declarou que a competência legislativa dos Estados tinha carácter residual e se limitava às situações não reguladas pelas normas comunitárias ou àquelas em que estas lhes reconheciam expressamente uma tal faculdade, ver p. 2573, ponto n° 12.



nacional em matéria de organizações de mercado. Refira-se, aliás, que sendo as organizações comuns de mercado um sector caracterizado por uma sobre-regulamentação, elas reflectem uma concepção fortemente intervencionista<sup>211</sup> das autoridades públicas comunitárias no funcionamento dos mercados agrícolas, pelo que não será de estranhar a adopção de uma ideia do relacionamento de tais ordens jurídicas que privilegie a chamada ocupação do terreno normativo.

Por outro lado, o favorecimento de uma perspectiva de ocupação do terreno normativo é encorajada por aquilo a que alguns designam como o 'paradoxo de Weiler', ou seja, o equilíbrio que se estabelece em resultado da contraposição dos opostos: o elemento jurídico supra-nacional e a inter-governamentabilidade do processo de decisão. Aplicado ao nosso caso, o referido paradoxo teria o mérito de demonstrar que, em face de um processo regulatório controlado pelo elemento inter-governamental - o Conselho - do qual decorre uma recusa de princípio em definir cláusulas auto-lesivas dos seus interesses - como seriam aquelas em que se estabelecesse que os regulamentos adoptados no âmbito das organizações de mercado determinariam a preempção expressa das competências nacionais - o Tribunal de Justiça, no cumprimento da sua função de órgão a quem cumpre velar pela aplicação do direito no sistema comunitário, seria propenso a compensar uma tal fobia dos Estados através de uma interpretação de tais actos em que se favorecesse um entendimento fundado na ocupação do terreno normativo.

Em nosso entender, pensamos que o problema de fundo que esta questão suscita consiste em saber se, do ponto de vista dos valores que presidem à escolha de uma técnica jurídico-interpretativa em detrimento de uma outra, será melhor favorecer um critério delimitador de competências

---

<sup>211</sup> Cfr. Druesne, G., *Droit matériel et politiques de la Communauté européenne*, op. cit., p. 282.

assente na eventual exaustividade das normas comunitárias, o qual facilmente conduz à verificação de situações de ocupação do terreno normativo, com as vantagens que se conhecem no plano da uniformização do direito aplicável e da segurança jurídica - um dos objectivos que todos os sistemas jurídicos perseguem - ou, se será preferível adoptar uma técnica interpretativa fundada sobre a aceitação do concurso de normas provenientes de ordenamentos diversos, técnica esta que pressuporia uma verdadeira complementaridade entre os sistemas jurídicos comunitário e nacionais, a qual permitiria afastar as tensões centralizadoras que um modelo uniformizador determina, realizando a integração jurídica das organizações de mercado através de um mecanismo que privilegie a compatibilidade de soluções regulatórias<sup>212</sup>, e evite a preclusão sistemática das prerrogativas nacionais<sup>213</sup>, com vantagens inerentes no plano da sua aceitação social.

---

<sup>212</sup> Joerges, C., *European Economic Law, The Nation-State and The Maastricht Treaty*, em Dehousse, R. (ed.), *Europe after Maastricht: An Ever Closer Union?*, Law Books in Europe, München, 1994, p. 51.

<sup>213</sup> De idêntico aviso parece ser a opinião de Weatherill, ainda que este acentue uma perspectiva marcada pelas teorias neo-liberais relativas à chamada *regulatory competition*, cfr. Weatherill, S., *Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community*, op. cit. p. 29. Sobre a posição neo-liberal em matéria de concorrência entre sistemas institucionais ver, Streit, M.E., Mussler, W., *The Economic Constitution of the EC - From 'Rome' to 'Maastricht'*, *European Law Journal*, Vol. I, 1995, p. 27.

## Capítulo IV

### As Relações Externas da Comunidade Europeia

As relações externas constituem, no entender de Jean-Victor Louis, um indicador bastante válido do estado de saúde da Comunidade Europeia, na medida em que as reacções que elas tendem a suscitar reflectem, de um modo geral, a atitude dos Estados relativamente ao processo de integração<sup>214</sup>. Pensamos que, para além deste instrumento de medida do empenho dos Estados na construção europeia, as relações externas constituem também um terreno fértil de análise da perspectiva que o Tribunal de Justiça detém sobre este mesmo fenómeno de integração, bem como do tipo de relações que o direito comunitário deve manter com os ordenamentos jurídicos nacionais.

Refira-se, desde logo, que o nosso estudo das relações externas se limitará às chamadas relações económicas externas da Comunidade, não abordando por isso as atribuições que, em virtude do Tratado de Maastricht, a União Europeia passou a dispôr nos termos da nova Política Externa e de Segurança Comum (PESC)<sup>215</sup>. Portanto, quando nos referimos às relações externas usamos esta expressão apenas no sentido em que esta releva do núcleo central de competências atribuídas à Comunidade Europeia.

---

<sup>214</sup> Louis, J.-V., Editorial - *Les relations extérieures de l'Union européenne: unité ou complémentarité*, Revue du Marché Unique européen, 4-1994, p. 5.

<sup>215</sup> O artigo L do Tratado que instituiu a União Europeia excluiu a PESC do âmbito de jurisdição do Tribunal de Justiça. Incidindo o nosso estudo, fundamentalmente, na análise da sua jurisprudência relativa à preempção das competências nacionais, o afastamento da jurisdição do Tribunal prejudica, desde logo, o nosso interesse por aquela nova vertente do processo de integração.

Com o intuito de simplificar a nossa exposição, dividiremos a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à preempção das competências nacionais no âmbito das relações externas comunitárias em quatro momentos principais. O primeiro, situado na década de setenta, compreende um período de grande activismo judicial que, no domínio em causa, se expressa através de uma jurisprudência que elabora os fundamentos das atribuições externas que no futuro a Comunidade prosseguirá. No segundo momento, veremos as soluções que o Tribunal desenvolveu para lidar com um certo desconforto que emergia em relação ao alcance, por alguns julgado excessivo, da sua jurisprudência. No terceiro período referiremos como certa jurisprudência emanada no período que precedeu a vigência do Tratado da União Europeia parecia retomar a tradição activista do Tribunal. Por fim, falaremos dos efeitos que o processo relativo à adopção do Tratado de Maastricht provocou na orientação do Tribunal em matéria de relações externas.

## **1. A preempção das competências externas dos Estados**

9

### *1.1. as competências externas implícitas da Comunidade*

Como salienta o Juíz Pescatore<sup>216</sup>, as relações externas foram um domínio que apenas conquistou lugar de destaque no contexto das áreas de intervenção da Comunidade na sequência do acórdão que o Tribunal de Justiça proferiu no caso AETR<sup>217</sup>. Neste processo discutia-se o problema da

---

<sup>216</sup> Pescatore, P., *External Relations in the Case-law of the Court of Justice of the European Communities*, *Common Market Law Review*, 1979, p. 615.

<sup>217</sup> TJCE, 31 de Março de 1971, *Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes* ("Accord européen sur les transports routiers, AETR), Processo n° 22/70, Recueil 1971, p. 263.

competência para negociar e concluir um acordo europeu relativo às condições de trabalho das tripulações dos veículos que realizavam transportes internacionais rodoviários. O Tratado de Roma não previa qualquer disposição que atribuísse competências à Comunidade para efectuar acordos internacionais sobre esta matéria. Porém, no plano interno, o Conselho havia adoptado com base no artigo 75º do Tratado, relativo à política comum de transportes, um regulamento que visava a harmonização de certas disposições em matéria social no domínio dos transportes rodoviários.

Muito embora o acórdão não afirme expressamente que as competências comunitárias em matérias de relações externas podiam decorrer implicitamente de outras disposições do Tratado<sup>218</sup>, hipótese a que o advogado-geral havia feito referência nas suas conclusões<sup>219</sup>, o Tribunal aplica de facto nesta decisão o princípio latino de *In foro interno, in foro externo*<sup>220</sup>, declarando que não se podia separar o

---

<sup>218</sup> Cfr. Barav, A., "The Division of External Relations Power Between the European Economic Community and the Member States in the Case-law of the Court of Justice", in Timmermans, C.W.A., Völker, E.L.M. (ed.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Kluwer - The Netherlands, 1981, p. 33

<sup>219</sup> Sobre esta mesma questão, nas conclusões que então apresentou, o advogado-geral Dutheillet de Lamothé havia traçado o seguinte quadro conceptual:

"Quelque que soit la base juridique que vous le donneriez, une reconnaissance à la Communauté d'une compétence externe pour la négociation et la conclusion de l'AETR impliquerait d'admettre que les autorités communautaires disposent, en plus des pouvoirs qui leur sont expressément reconnus par le traité, des pouvoirs implicites, ces "implied powers" qui ont permis à la Cour suprême des États-Unis d'augmenter les pouvoirs des organes fédéraux par rapport à ceux des États fédérés.

Or, nous pensons, pour notre part, que les compétences communautaires doivent être considérées comme ce que le droit européen appelle de "compétences d'attribution" (en allemand, "Enumerationsprinzip"). Cfr. Recueil 1971, p. 294.

<sup>220</sup> Pescatore, P., in Timmermans, C.W.A., Völker, E.L.M. (ed.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Kluwer - The Netherlands, 1981, p. 74. Noutra sede, Pescatore refere que o Tribunal seguiu o entendimento preconizado por Paul Reuter (*La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, 1953, p. 116-140), confessando que ele próprio havia defendido uma visão mais restritiva das relações externas, fundada no princípio de competências de atribuição (Académie de l'Haye, Recueil des Cours, 1961), tendo posteriormente alterado a sua perspectiva sobre esta questão. Cfr. *External*

regime relativo às medidas internas comunitárias daquele que se refere às suas relações externas<sup>221</sup>, considerando deste modo que a competência da Comunidade para concluir acordos internacionais não decorria apenas de uma atribuição explícita do Tratado nesse sentido, como seja aquela que se inscreve nos artigos 113º, 114º e 238º, mas que poderia resultar de outras suas disposições ou, ainda, de actos de direito derivado<sup>222</sup>. Assim, e apesar de os artigos do Tratado relativos à política comum de transportes não referirem uma competência externa comunitária neste domínio, o Tribunal entendeu que em virtude da adopção do aludido regulamento a Comunidade havia adquirido a competência necessária para concluir acordos internacionais que relevassem do âmbito de aplicação daquele acto normativo<sup>223</sup>.

A aceitação inequívoca de que a aquisição de competência externa pela Comunidade para a realização de acordos internacionais poderia processar-se segundo a teoria das competências implícitas foi acolhida no acórdão que o Tribunal proferiu no caso *Kramer*<sup>224</sup> - já referido a propósito das competências em matéria de conservação de recursos marítimos - onde o órgão jurisdicional comunitário afirmou, precisando a formulação que havia enunciado no acórdão *AETR*, que uma tal competência resultava não apenas de uma atribuição explícita pelo Tratado, mas podia também decorrer de modo implícito<sup>225</sup> de outras disposições do Tratado, do acto de adesão, e de outros actos de direito derivado.

O elemento sucessivo desta fase inicial da jurisprudência comunitária em matéria de relações externas foi realizado

---

*Relations in the Case-law of the Court of Justice of the European Communities*, op. cit., p. 618, nota nº 5.

<sup>221</sup> Recueil, 1971, p. 275, ponto nº 19.

<sup>222</sup> Recueil, 1971, p. 274, ponto nº 16.

<sup>223</sup> Recueil, 1971, p. 276, pontos nº 28 - 30.

<sup>224</sup> TJCE, 14 de Julho de 1976, *Cornelis Kramer et autres*, processos apensos 3, 4 e 6 - 76, Recueil 1976, p. 1279.

<sup>225</sup> Recueil 1976, p. 1309, ponto nº 20.

pela doutrina emanada no *Parecer n° 1/76*<sup>226</sup>, onde o Tribunal havia sido solicitado para que se pronunciasse, nos termos do artigo 228° do Tratado, sobre a compatibilidade com o sistema jurídico da Comunidade de um projecto de acordo internacional relativo à instituição de um Fundo europeu de imobilização da navegação interna, o qual visava eliminar a sobre capacidade existente ao nível dos meios de transporte fluvial, nas bacias do Reno e do Mosel, através de uma indemnização financeira a conceder aos operadores que retirassem voluntariamente as suas embarcações. Muito embora o objecto deste acordo fosse abrangido pelo âmbito de aplicação da política comum de transportes, prevista pelos artigos 74° e 75° do Tratado, colocava-se o problema de a Comunidade não haver ainda exercido as suas competências internas neste domínio particular, aspecto que, nos termos da jurisprudência do acórdão *AETR*, se afigurava como uma condição necessária para que a Comunidade pudesse exercer a respectiva competência no plano das relações externas.

O Tribunal, fundado no princípio do paralelismo entre as competências internas e externas da Comunidade que havia declarado no acórdão *AETR*, reafirmou a ideia de que as atribuições comunitárias em matéria de relações externas poderiam decorrer implicitamente das disposições do Tratado que fixassem a sua competência. Porém, e como elemento inovador, o Tribunal declarou que uma tal competência não se deveria considerar limitada às situações em que tivesse havido um prévio exercício desses poderes no plano interno, mas deveria também abranger todas as situações em que a participação da Comunidade num acordo internacional fosse necessária para a realização de um dos objectivos que lhe tivessem sido assinalados pelo Tratado<sup>227</sup>. Assim, no *Parecer 1/76* o Tribunal declarou que as competências implícitas da Comunidade em matéria de relações externas não dependiam

---

<sup>226</sup> TJCE, 26 de Abril de 1977, *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2, du Traité CEE*, *Parecer n° 1/76*, *Recueil 1977*, p. 741.

<sup>227</sup> *Recueil 1977*, p. 755, ponto n° 4.

forçosamente do seu exercício prévio ao nível comunitário, podendo tais competências implícitas serem accionadas nas situações que o seu exercício se revelasse necessário para a realização de um dos objectivos da Comunidade, independentemente do facto desse mesmo objectivo ser abrangido pelo âmbito de aplicação de uma política comum<sup>228</sup>. Portanto, as competências externas implícitas vêm o seu horizonte potencial de aplicação alargado, para além daquelas situações em que existiam normas de atribuição de competências internas resultantes do Tratado ou de actos adoptados em sua execução - como resultava da jurisprudência AETR - à realização dos objectivos da Comunidade, desde que se estabeleça que tais competências satisfazem o respectivo critério de necessidade.

13

#### *1.1.2. a preempção das competências nacionais*

No acórdão AETR, o Tribunal afirmou não só as competências implícitas da Comunidade em matéria de relações externas, como teve ainda a oportunidade de se pronunciar sobre a natureza de tais competências. Considerando, em seu entender, que no quadro de uma política comum os Estados-membros não poderiam, através de uma actuação individual ou colectiva, realizar acordos com países terceiros que afectassem as normas estabelecidas naquele âmbito, o Tribunal declarou que o efeito conjugado dos artigos 3º alínea e) e 5º do Tratado impedia os Estados de assumirem compromissos, fora do quadro das instituições comunitárias, que fossem susceptíveis de afectar o alcance das regras

---

<sup>228</sup> Cfr. Barav, A., "The Division of External Relations Power Between the European Economic Community and the Member States in the Case-law of the Court of Justice", op. cit., p. 34. Cfr. também Pescatore, que refere que esta decisão pôs termo às dúvidas que decorriam do acórdão AETR sobre a existência de uma competência comunitária externa nos casos em que a Comunidade não havia ainda adoptado quaisquer disposições no seu plano interno. Em seu entender, o Parecer 1/76 permite esclarecer que para assumir obrigações internacionais, a Comunidade necessita apenas de possuir uma "capacidade virtual" nessa matéria, ver *External Relations in the Case-law of the Court of Justice of the European Communities*, op. cit., p. 621.



relativas a essa política comum<sup>229</sup>. Concluindo em seguida, e após haver recordado que o objecto do acordo AETR relevava do mesmo domínio de aplicação do regulamento em causa, que "esta competência comunitária excluía a possibilidade de uma competência concorrente dos Estados-membros"<sup>230</sup> e, que todas as iniciativas tomadas fora do sistema comunitário deveriam ser consideradas incompatíveis com a unidade do mercado comum e com a aplicação uniforme do direito comunitário.

A afirmação da exclusividade da competência comunitária, com a consequente denegação da possibilidade de uma competência concorrente por parte dos Estados, traduz-se numa aplicação clara da figura jurídica da preempção das competências nacionais no âmbito das relações externas comunitárias, nas situações em que o Tratado tivesse previsto a realização de uma política comum e em que a Comunidade tivesse já exercido essas atribuições no plano interno. Acresce que, ao estabelecer como critério de admissibilidade da intervenção dos Estados o facto da sua actuação não ser susceptível de afectar as normas comunitárias o Tribunal determina, na prática, a potencial ocupação de todo o terreno normativo correspondente à esfera das relações externas<sup>231</sup>, visto que a sua preocupação não se limita ao facto dos Estados não assumirem obrigações que possam entrar em conflito com tais disposições internas, mas que simplesmente sejam susceptíveis de afectar o seu conteúdo<sup>232</sup>. Portanto, a fórmula utilizada

---

<sup>229</sup> Recueil, 1971, p. 275, pontos n° 17 e 21.

<sup>230</sup> Recueil 1971, p. 276, ponto n° 31.

<sup>231</sup> Diferentemente, Bourgeois, J.H.J., "Some Comments on the Practice", in Timmermans, C.W.A., Völker, E.L.M. (ed.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Kluwer - The Netherlands, 1981, p. 104, o qual considera inapropriado que se afirme que a jurisprudência AETR determina uma situação de *occupation of the field*, muito embora refira que os riscos de consentir aos Estados competências concorrentes nas relações externas dos domínios abrangidos por políticas comuns sejam bem maiores do que no plano interno em virtude do envolvimento de terceiros Estados.

<sup>232</sup> Cfr. Burrows, F., "The Effects of the Main Cases of the Court of Justice in the Field of the External Competences on the Conduct of Member States", in Timmermans, C.W.A., Völker, E.L.M. (ed.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in*

para enunciar a preempção das competências nacionais tem um alcance bem mais amplo do que o simples conflito de disposições normativas, na medida que a sua operatividade resulta apenas de uma mera delimitação abstracta das esferas de competências nacionais e comunitária, abstendo-se o Tribunal da realização de um qualquer juízo de incompatibilidade no plano da produção dos efeitos jurídicos<sup>233</sup>.

Diferentemente do que havia feito no acórdão AETR, o Tribunal não se pronunciou sobre a questão da preempção aquando do alargamento das competências externas implícitas da Comunidade operada por via da jurisprudência constante do Parecer 1/76. Todavia, não parece que se possa inferir do conteúdo desta decisão que mesmo nessas circunstâncias os Estados ficassem inibidos de poder participar em acordos internacionais nos respectivos domínios, pois, tal entendimento criaria, por certo, efeitos indesejáveis, na medida em que bloquearia por completo a capacidade dos Estados de assumirem compromissos externos em todas as áreas abrangidas pelos objectivos do Tratado, independentemente da actuação das respectivas competências pela Comunidade no seu plano interno<sup>234</sup>. Aliás, em face de uma idêntica situação material, o Tribunal havia declarado no acórdão Kramer que em virtude da Comunidade não ter ainda exercido plenamente as suas atribuições, os Estados poderiam contrair obrigações a nível das suas relações

---

the field of external relations, Kluwer - The Netherlands, 1981, p. 111-2, o qual assumindo uma atitude crítica em relação ao alcance excessivo desta formulação, apresenta um interessante exemplo sobre os seus hipotéticos efeitos indesejáveis na esfera das relações externas dos Estados.

<sup>233</sup> A ideia que o Tribunal deixa transparecer do fenómeno da preempção no caso AETR conjuga-se plenamente com a jurisprudência formulada a este título nos acórdãos *Bollmann*, *Fleischkonthor* e *Siemers*, que referimos a propósito da regulamentação das organizações comuns de mercado. A proximidade temporal destas decisões judiciais não poderá deixar de ser considerada se quisermos entender o modo como o Tribunal perspectivava o relacionamento dos ordenamentos jurídicos nacionais e comunitário.

<sup>234</sup> Cfr. Waelbroeck, M., "The Emergent Doctrine of Community Pre-emption - Consent and Re-delegation", op. cit., p. 568-9.

internacionais<sup>235</sup>. Assim, a preempção das prerrogativas nacionais nos casos de competências externas implícitas permanece com o alcance que lhe havia sido definido no caso AETR, se bem que a intervenção internacional dos Estados tenda a ser perspectivada de um modo transitório e residual, sendo destinada a cessar a partir do momento em que a Comunidade actue internamente.

### 1.2. a política comercial comum

A política comercial é, como já se aludiu, um dos raros domínios em que o Tratado de Roma atribuiu uma competência explícita à Comunidade em matéria de relações externas. Na verdade, o artigo 113º prevê a realização de acordos internacionais com países terceiros e determina o procedimento conducente à sua adopção pela Comunidade. Dir-se-ia que se trata de um domínio de intervenção comunitária em que a sua actuação no plano internacional constitui um instrumento inerente e necessário para a realização dos objectivos que lhe foram estipulados pelo Tratado.

A primeira reflexão aprofundada sobre as competências que a Comunidade detém no âmbito da política comercial resulta do Parecer nº 1/75<sup>236</sup> a propósito de uma interpelação que a Comissão dirigiu ao Tribunal, nos termos do artigo 228º do Tratado, sobre a compatibilidade com o direito comunitário de um projecto de acordo internacional, elaborado no âmbito da OCDE, relativo ao crédito às exportações. Em causa estava a competência da Comunidade para a conclusão do referido acordo e a questão de saber se essa competência seria de considerar como exclusiva.

Sobre a competência da Comunidade para a conclusão do acordo, o Tribunal considerou que os créditos à exportação

---

<sup>235</sup>Recueil 1976, p. 1312, ponto nº 39.

<sup>236</sup> TJCE, 11 de Novembro de 1975, *Avis de la Cour rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2, du Traité CEE*, Parecer 1/75, Recueil 1975, p. 1355.

relevavam do regime de auxílios à exportação concedido pelos Estados-membros, domínio em que o artigo 112º do Tratado atribuía expressamente competência à Comunidade. O Tribunal notou, por outro lado, que a Comunidade havia já feito uso das competências previstas no artigo 112º através da adopção das directivas do Conselho em matéria de seguro de crédito. Assim, declarou que a Comunidade estava habilitada, em virtude das competências que possuía, não apenas a adoptar normas internas de direito comunitário, mas também a concluir acordos internacionais com países terceiros, nos termos dos artigos 113º n.º 2 e 114º do Tratado<sup>237</sup>. Na verdade, refere o Tribunal, a política comercial constrói-se através do concurso e da interacção entre medidas internas e medidas externas, sem que estas últimas tenham, por força, de ser precedidas pelo primeiro tipo de medidas<sup>238</sup>.

Em relação à natureza desta competência, o Tribunal considerou que inscrevendo-se o objecto de tal acordo entre as medidas próprias da política comercial prevista pelo artigo 113º, e sendo esta perspectivada na defesa do interesse global da Comunidade, seria incompatível com este mesmo interesse aceitar a liberdade concedida aos Estados-membros, ao abrigo de uma competência paralela, de poderem prosseguir a satisfação dos seus próprios objectivos em matéria de relações externas. Assim, o Tribunal afirma que no âmbito da política comercial comum, quer no plano interno quer nas relações internacionais, a competência comunitária é de considerar como sendo exclusiva<sup>239</sup> da

---

<sup>237</sup> Recueil 1975, p. 1363, 1º parágrafo.

<sup>238</sup> Cfr. Barav, A., "The Division of External Relations Power Between the European Economic Community and the Member States in the Case-law of the Court of Justice", op. cit., p. 35.

<sup>239</sup> No acórdão *Diamantarbeiders* o Tribunal havia referido a competência exclusiva da Comunidade no âmbito da política comercial comum, declarando que os Estados-membros não podiam manter a aplicação de encargos de efeito equivalente na importação de produtos provenientes de países terceiros. Cfr. acórdão de 13 de Dezembro de 1973, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders contre NV Indiamex et Association de fait De Belder*, processos apensos n.ºs 37 e 38/73, Recueil 1973, p. 1624, ponto n.º24.

Comunidade e que os artigos 113º e 114º do Tratado afastam uma competência paralela dos Estados-membros na matéria<sup>240</sup>.

Portanto, o Tribunal considerou que no quadro da política comercial comum se verificava uma ocupação absoluta do terreno normativo por parte da Comunidade, tanto na sua vertente interna como externa, precluindo quaisquer competências nacionais neste domínio. A exclusão das competências nacionais neste domínio é objecto de uma motivação de princípio, traduzida numa argumentação em que a admissibilidade de uma competência concorrente na matéria poria em causa a prossecução do interesse comunitário. Não é deixada sequer qualquer margem de manobra para uma análise da compatibilidade, em concreto, de uma eventual actuação autónoma dos Estados na área do seu comércio externo.

Refira-se, ainda, que o Tribunal declarou nesta decisão que o facto das obrigações e os encargos financeiros relativos à execução do acordo serem da responsabilidade dos Estados-membros em nada prejudicava a competência exclusiva da Comunidade para a sua assinatura<sup>241</sup>.

#### *1.2.1. a delegação de poderes*

Porém, surgiram situações nas quais se deparou com o carácter incompleto da realização política comercial comum, o que colocava dificuldades em virtude da natureza exclusiva das competências atribuídas à Comunidade. Como conciliar estas duas dimensões aparentemente antagónicas, ou seja, como permitir uma intervenção em tempo útil pelos Estados - em questões abrangidas pela política comercial - com a preclusão das suas prerrogativas normativas em resultado do *Parecer 1/75*? A resposta a este problema real

---

<sup>240</sup> Recueil 1975, p. 1364, 4º parágrafo, *in fine*.

<sup>241</sup> Recueil 1975, p. 1364, último parágrafo.

foi ensaiada no acórdão *Donckerwolcke*<sup>242</sup>, onde o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade com o direito comunitário de certo tipo de medidas de vigilância adoptadas pelas autoridades francesas em relação a produtos originários de países terceiros, mas que se encontravam em livre prática no território da Comunidade.

Neste acórdão, o Tribunal admitiu que mesmo após o final do período de transição previsto pelo Tratado para implementação desta política os Estados poderiam, devido ao carácter incompleto da sua realização, manter a possibilidade de adoptar disposições nacionais de carácter comercial, desde que tais medidas fossem objecto de uma habilitação específica da parte da Comissão<sup>243</sup>. Estas medidas nacionais, porém, foram enquadradas pelo Tribunal no contexto constitucional definido pelo artigo 115º, o qual estabelece em favor dos Estados-membros uma cláusula de salvaguarda para obviar a situações de dificuldade conjuntural. Ao reportar a actuação dos Estados à cláusula do artigo 115º, o Tribunal valeu-se de uma motivação de igual valor jurídico daquela que fundamenta a exclusividade das competências comunitárias neste domínio, submetendo em acréscimo, o exercício de tal faculdade dos Estados à obtenção de uma autorização prévia e expressa<sup>244</sup> da Comissão sobre tais disposições nacionais. Este requisito da autorização confirmaria a tese da exclusividade de competências comunitárias na medida em que os poderes que os Estados exerceriam nessas situações não seriam actuados ao abrigo de uma competência considerada como própria, paralela àquela detida pela Comunidade, mas sim enquanto

---

<sup>242</sup> TJCE, 15 de Dezembro de 1976, *Suzanne Donckerwolcke, épouse Criel, et Henri Schou contre procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille et directeur général des douanes et droits indirects*, Recueil 1976, p. 1921.

<sup>243</sup> Recueil 1976, p. 1937, n° 32.

<sup>244</sup> Cfr. Lenaerts, K. "Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des États membres et la question de la 'preemption'", in P. Demaret (ed.), *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Colloque 1986, Collège d'Europe n° 45, Bruges, Story Scientia, p. 46.

exercício de uma competência alheia cujos respectivos poderes lhes tinham sido objecto de delegação<sup>245</sup>.

## 2. O desconforto da ideia de exclusividade

A questão das relações externas da Comunidade é um problema que afecta de um modo particularmente sensível o alcance da soberania dos Estados-membros. Na verdade, ao enunciar a jurisprudência que analisámos, situada toda ela num período relativamente curto e que se expende ao longo da década de setenta, o Tribunal expressou uma perspectiva das competências externas comunitárias que demonstrava que a Comunidade detinha não apenas a competência necessária para realizar acordos com países terceiros e organizações internacionais, como essa mesma competência - em virtude da dinâmica que caracterizava o desenvolvimento do processo de integração - estaria destinada a transitar na sua globalidade, nos termos que tivemos oportunidade de salientar, dos Estados-membros para a Comunidade<sup>246</sup>. Verificar-se-ia, assim, um fenómeno de transferência progressiva de competências dos Estados em favor da Comunidade<sup>247</sup>. Um esvaziamento, a termo, das competências nacionais em todo o domínio abrangido pelas relações externas comunitárias por via do efeito preemptivo da jurisprudência do Tribunal de Justiça, reflectia, por seu turno, uma perspectiva bem marcada da natureza do fenómeno de integração. Tal perspectiva aflorava de modo claro na afirmação do Juíz Pierre Pescatore segundo o qual a

---

<sup>245</sup> Demaret, P., "Environmental Policy and Commercial Policy: The Emergence of Trade-Related Environmental Measures (TREMs) in the External Relations of the European Community", in Maresceau, M. (edited by), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 346

<sup>246</sup> Pescatore, P., *External Relations in the Case-law of the Court of Justice of the European Communities*, op. cit., p.624.

<sup>247</sup> Barav, A., "The Division of External Relations Power Between the European Economic Community and the Member States in the Case-law of the Court of Justice", op. cit., p. 52.

jurisprudência relativa à divisão de competências entre a Comunidade e os Estados em matéria de relações externas seria expressão, em seu entender, de 'une certaine idée de l'Europe'<sup>248</sup> que o Tribunal prosseguiria.

Porém, um entendimento das competências externas comunitárias que produza um tal tipo de consequências na esfera de competências nacionais, ou seja, o seu afastamento progressivo em virtude do declarado efeito preemptivo das atribuições da Comunidade neste domínio, gera necessariamente fenómenos de reacção, os quais por certo, traduzem uma aceitação menos favorável pelos Estados das consequências provocadas pela jurisprudência do Tribunal. Uma tal reacção coloca-se, desde logo, ao nível da definição de certo tipo de conceitos como aquele relativo à noção de política comercial assunto que, como veremos, passará ocupar um lugar de destaque nas decisões que o Tribunal deverá pronunciar sobre esta matéria. Um outro tipo de sintomas que evidenciam algum desconforto perante a jurisprudência afirmada no quadro das relações externas da Comunidade manifesta-se através de uma certa propensão para encontrar soluções que, de algum modo, suavizem uma perspectiva demasiado redutora da delicada linha de demarcação de competências entre a Comunidade e os Estados nesta matéria. Referimo-nos concretamente à ideia dos chamados acordos mistos a qual reflecte, de certa maneira, a dificuldade de estabelecer uma clara delimitação de competências no âmbito das relações externas comunitárias<sup>249</sup> e, pode ser encarada, ainda, como uma via de compromisso entre os dois polos principais de poder na Comunidade.

## 2.1. os acordos mistos

---

<sup>248</sup> Pescatore, P., in Timmermans, C.W.A., Völker, E.L.M. (ed.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, op. cit., p. 75.

<sup>249</sup> Green, N., Hartley, T.C., Usher, J.A., *The Legal Foundations of the Single European Market*, Oxford University Press, 1991, p. 21.



Encontramos estes dois aspectos discutidos no Parecer 1/78<sup>250</sup>, o qual constituiu um primeiro desvio no entendimento que a jurisprudência vinha seguindo sobre o fenómeno da preempção das competências dos Estados-membros em matéria de relações externas. Nesta decisão, o Tribunal devia pronunciar-se sobre a delimitação de competências entre a Comunidade e os Estados para a negociação e conclusão de um acordo internacional sobre a borracha, o qual se realizava no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (CNUCED). Os objectivos deste acordo - que se pode considerar como exemplo típico de um *international commodity agreement*, instrumento característico do relacionamento que se pretendia estabelecer através da chamada Nova Ordem Económica Internacional<sup>251</sup> - consistiam em atingir uma situação de equilíbrio, entre a oferta e a procura da matéria-prima em causa, tendo em vista o objectivo da estabilização de preços que garantisse rendimentos estáveis aos países exportadores e proporcionasse a segurança dos fornecimentos aos países importadores. Tais objectivos deveriam ser alcançados através da constituição de um *stock* regulador que intervisse aquando das situações de perturbação do mercado no sentido da contenção do preço da borracha dentro de uma determinada margem de flutuação. Este *stock* regulador seria financiado através de fundos públicos provenientes das contribuições pagas pelas partes contratantes.

No entendimento da Comissão, o acordo em causa relevava inteiramente do artigo 113º do Tratado e como tal a sua negociação e conclusão seriam da competência exclusiva da Comunidade Europeia. Uma perspectiva distinta era sustentada pelo Conselho o qual considerava que o referido acordo ultrapassava o alcance da política comercial, porque

---

<sup>250</sup> TJCE, 4 de Outubro de 1979, *Avis de la Cour rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du Traité CEE*, Parecer 1/78, Recueil 1979, p. 2871.

<sup>251</sup> Pescatore, P., in Timmermans, C.W.A., Völker, E.L.M. (ed.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, op. cit., p. 69.

continha aspectos que relevavam da política de defesa dos Estados, bem como elementos de não-reciprocidade típicos de uma política de apoio e cooperação no desenvolvimento, devendo a sua conclusão obrigar, como tal, a uma partilha de competências entre a Comunidade e os Estados-membros, sob a forma de um acordo misto.

Este debate sobre o conceito de política comercial deu oportunidade ao Tribunal para pronunciar a sua interpretação sobre o alcance do artigo 113<sup>a</sup>. Em seu entender, a noção de política comercial deveria ser objecto de uma interpretação actualista<sup>252</sup>, que não se limitasse a uma concepção tradicional que visava apenas a liberalização do comércio externo fundada no enunciado dos instrumentos comerciais contidos no corpo daquele artigo, mas deveria, pelo contrário, ser entendida como o desenvolvimento de uma política comercial comunitária que visasse a regulação do mercado mundial assente numa perspectiva aberta e actualizada de comércio internacional, e que considerasse a enumeração dos instrumentos de política comercial do artigo 113<sup>a</sup> como não taxativa, recusando deste modo uma noção restritiva desta mesma política que estaria condenada a desempenhar um papel insignificante no futuro<sup>253</sup>. O Tribunal considerava ainda que, nos casos em que a cooperação internacional relevasse da política comercial, aquela não poderia ser subtraída à competência da Comunidade<sup>254</sup>. Como se infere desta interpretação extensiva e actualista do conceito de política comercial, o seu alcance seria de considerar como bastante próximo da ideia de relações económicas internacionais<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> Pescatore, P., in Timmermans, C.W.A., Völker, E.L.M. (ed.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, op. cit., p. 70.

<sup>253</sup> Recueil 1979, p. 2913, pontos n<sup>o</sup> 44 e 45.

<sup>254</sup> Recueil 1979, p. 2914, pontos n<sup>o</sup> 47 e 48.

<sup>255</sup> Mengozzi, P., "Trade in Services and Commercial Policy", in Maresceau, M. (edited by), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 231.

Apesar de ter considerado que o objecto do acordo em causa estava abrangido pela noção de política comercial comum, o Tribunal afirmou que a questão do regime de financiamento do stock regulador assumia uma posição central na delimitação de competências entre a Comunidade e os Estados-membros para a conclusão do acordo, pelo que, e na medida em que as contribuições fossem da responsabilidade dos Estados-membros, esta circunstância determinaria a sua participação no acordo, em conjunto com a Comunidade, afastando assim a competência exclusiva desta para a sua assinatura<sup>256</sup>. Donde, a forma de acordo misto.

Portanto, o Tribunal se por um lado, enuncia uma noção de política comercial bastante extensa, a qual permite alargar o âmbito de aplicação do artigo 113º para além da dimensão tradicional de comércio internacional que lhe andava associada, por outro lado - como que para compensar este alargamento judicial do conceito de política comercial que é feito em detrimento das prerrogativas nacionais - avança uma solução subtil que se traduz na forma como motiva a natureza mista do acordo, mas permite que ao mesmo tempo se salvede - no plano dos princípios apenas - a competência exclusiva da Comunidade em matéria de política comercial. No entanto, tal significa que se introduz uma pequena brecha na jurisprudência que havia afirmado a preempção das competências dos Estados-membros em matéria de política comercial, a qual encontra a sua justificação na modalidade particular de financiamento do acordo em causa. Curiosamente, o Tribunal no Parecer 1/75<sup>257</sup>, como notámos, havia declarado que a exclusão das competências nacionais paralelas não dependeria do facto das obrigações e encargos financeiros inerentes à execução de um acordo internacional incumbirem directamente aos Estados-membros<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> Recueil 1979, p. 2918, ponto nº 60.

<sup>257</sup> Recueil 1975, p. 1364, 4º e 6º parágrafos.

<sup>258</sup> Barav, op. cit., p. 51 refere o contraste existente entre o sentido desta decisão e aquilo que o Tribunal havia afirmado no Parecer 1/75. Porém, Pescatore rejeita que se possa tratar de uma contradição na jurisprudência do Tribunal, devendo antes a decisão do

## 2.2. a crise da ideia de exclusividade

O desconforto provocado pelos efeitos da jurisprudência relativa à impossibilidade de actuação autónoma dos Estados em toda a área coberta pela política comercial, tendo em conta o modo como havia sido declarada a exclusividade das competências comunitárias nesta matéria, teria de se reflectir no plano da motivação jurídica usada nas decisões judiciais em que se suscitassem questões relativas à conformidade de medidas nacionais emanadas no âmbito de aplicação da política comercial, mas cuja importância estratégica não tivesse constituído motivo suficiente para demover os respectivos Estados de agir, pelo facto de uma tal intervenção lhes haver sido legalmente interdita.

Tal era a situação que se apresentava no caso *Bulk Oil*<sup>259</sup>, onde o Tribunal se devia pronunciar sobre a validade de uma decisão do Reino Unido, que interditava a exportação para Israel de petróleo proveniente do seu território, com o acordo de comércio assinado entre a Comunidade e aquele Estado. O acordo CEE-Israel visava a supressão progressiva dos obstáculos ao comércio entre as duas partes contratantes, e nele se estipulava a interdição de novos direitos aduaneiros e encargos de efeito equivalente à importação, bem como de novas restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente. No referente às exportações, proibia-se a introdução de novos direitos aduaneiros e encargos de efeito equivalente, mas nada se referia sobre a questão da admissibilidade de restrições quantitativas.

---

Parecer 1/78 ser considerada como uma aplicação revertida do princípio do paralelismo, ou seja, quem paga deve também poder assinar o acordo. Ver Pescatore in Timmermans, C.W.A., Völker, E.L.M. (ed.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, op. cit., p. 71.

<sup>259</sup> TJCE, 18 de Fevereiro de 1986, *Bulk Oil (Zug) AG contre Sun International Limited et Sun Oil Trading Company*, Processo nº 174/84, Recueil 1986, p. 559.

Porém, o regulamento do Conselho que estabelecia um regime comum aplicável às exportações declarava que as exportações da Comunidade para países terceiros não se encontravam sujeitas a restrições quantitativas. O artigo 10º deste regulamento colocava, provisoriamente, os produtos constantes de uma lista, que incluía em anexo, fora do regime geral da liberdade de exportação. Nessa lista encontrava-se o petróleo. No entanto, colocava-se questão de saber se se poderia considerar o artigo 10º deste regulamento como constituindo uma válida habilitação específica, nos termos da jurisprudência do acórdão *Donckerwolcke*, que permitiria aos Estados-membros estabelecer unilateralmente novas restrições num domínio que relevava da política comercial comum.

O Tribunal, usando de uma argumentação aplicável nos domínios onde a Comunidade detém competências de actuação concorrentes com as dos Estados<sup>260</sup> mas, ao arrepio da lógica que suporta a consideração de uma determinada área como relevando da sua exclusiva jurisdição, afirmou que, em virtude da interdição de restrições quantitativas não constar do acordo CEE-Israel, se deveria excluir que os Estados-membros tivessem sido desprovidos da competência para adoptar tais restrições<sup>261</sup>. Por outro lado, referindo-se ao regulamento que estabelecia um regime comunitário para as exportações, o Tribunal declarou que o seu artigo 10º podia ser considerado como constituindo uma habilitação específica aos Estados-membros para introduzirem restrições quantitativas à exportação para países terceiros, na medida em que o Conselho, no exercício da margem de apreciação de que dispunha, poderia excluir, a título privisório, determinados produtos do regime comum de exportação, sendo que uma tal exclusão não contrariaria o artigo 113º do Tratado, quando se tratasse de produtos que revestissem as

---

<sup>260</sup> Lenaerts, K. "Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des États membres et la question de la 'preemption'", *op. cit.*, p.48.

<sup>261</sup> Recueil 1986, p. 583, n° 17

características político-estratégicas que andam associadas à comercialização do petróleo<sup>262</sup>.

Ou seja, se por um lado é claro o objectivo de salvaguardar uma actuação nacional por motivos que se prendem com a importância política do produto em causa, compromete-se profundamente, por outro lado, a coerência da justificação das intervenções nacionais que dependeriam de uma 'habilitação específica', traduzida pela necessidade de uma verdadeira autorização por parte da Comissão, na medida em que se se considerasse a exclusão normativa operada pelo regulamento do Conselho como um mecanismo de habilitação, tal equivaleria a admitir que por via legislativa se poderiam conceder 'autorizações em branco'<sup>263</sup> que legitimariam, *a priori*, as derrogações ao regime comum. Donde resulta, em nosso entender, que se possa afirmar que uma tal decisão coloca em crise a ideia de exclusividade da actuação comunitária nas relações externas situadas no quadro da política comercial.

Na verdade, o Tribunal sustenta que os Estados detêm como que uma espécie de competência residual, que lhes permite introduzir limites nas suas exportações para países terceiros, e que uma tal competência cessará apenas no momento em que a Comunidade tiver exercido os seus correspondentes poderes por via do processo de harmonização<sup>264</sup>. Portanto, algo de semelhante com o que sucederia através do esquema de repartição de competências empregue nos domínios considerados como de atribuições concorrentes em que apenas o exercício da respectiva competência pela Comunidade, que obedecesse a determinados

---

<sup>262</sup> Recueil 1986, p. 588, n° 36.

<sup>263</sup> Cfr. Lenaerts, K. "Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des États membres et la question de la 'preemption'", *op. cit.*, p. 52

<sup>264</sup> Cfr. Mengozzi, P., "Trade in Services and Commercial Policy", *op. cit.*, p. 237.

requisitos de exaustividade de regulação, afastaria os Estados do exercício dessa mesma competência<sup>265</sup>.

Assim, este acórdão surpreende pelo facto do Tribunal parecer abandonar o método de análise que caracterizava a sua jurisprudência precedente em matéria de competências exclusivas da Comunidade. Nessa jurisprudência, o Tribunal considerava de uma forma ampla o fenómeno do efeito preemptivo das competências dos Estados-membros, em termos de, uma vez decorrido o período transitório ou exercidas as competências comunitárias na matéria, aos Estados-membros ser excluída a possibilidade de intervenção unilateral nesse domínio de actuação comunitária. A preempção das competências nacionais era uma realidade que operava de princípio. Por isso, as excepções eram estritamente definidas, como sucedia com o caso da habilitação específica sujeita a autorização da Comissão, e directamente reportadas a um preceito de natureza constitucional, o artigo 115º do Tratado, de modo a que o seu fundamento pudesse ser equiparável à base jurídica donde decorre a natureza exclusiva das competências comunitárias, o artigo 113º<sup>266</sup>.

---

<sup>265</sup> Cfr. Lenaerts, K. "Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des États membres et la question de la 'preemption'", op. cit., p. 59 - 60.

<sup>266</sup> Refira-se, contudo, que a jurisprudência *Donckerwolcke* seria reafirmada nos acórdãos *Tezi* onde o Tribunal considerou que, na medida em que o regulamento que havia implementado na ordem jurídica comunitária o Acordo Multi-Fibras, negociado no âmbito do GATT, constituía um exercício incompleto da competência comunitária na matéria, ou seja, que não esgotava a regulamentação de todos os aspectos relativos à importação de produtos têxteis provenientes de países terceiros, aos Estados-membros não deveria ser negada a possibilidade de adoptarem medidas de protecção comercial. No entanto, e porque se tratava de uma competência exclusiva da Comunidade, tais medidas nacionais estariam sujeitas a autorização prévia da Comissão, a qual era concedida nos termos do artigo 115º do Tratado. Esta faculdade terminaria quando a Comunidade exercesse de modo completo as suas competências, momento em que se verificaria a preclusão total da possibilidade dos Estados de adoptarem qualquer tipo de medidas nacionais. Cfr. acórdãos de 5 de Março de 1986, *Tezi Textiel BV contre Commission des Communautés européennes*, Recueil 1986, p. 925, ponto nº 44, e *Tezi BV contre Ministère des Affaires économiques*, Recueil 1986, p. 945, ponto nº 50.

### 3. O alargamento da jurisprudência preemptiva

Aquando da nossa análise sobre as competências externas implícitas, a propósito da jurisprudência decorrente do Parecer 1/76, dissemos que uma questão que não havia sido abordada pelo Tribunal respeitava o problema da natureza dos poderes que a Comunidade exercia no tocante às competências externas cuja atribuição resultasse de modo implícito, em vista da realização dos objectivos inscritos no Tratado. Apesar do Tribunal não se ter manifestado quanto a este aspecto, observou-se que se poderia deduzir do espírito de tal jurisprudência que não se deveria considerar que as competências externas implícitas resultantes do Parecer 1/76 provocariam a preempção das prerrogativas externas nacionais nesses domínios, pelos efeitos potencialmente excessivos e indesejáveis que uma tal situação criaria sobre a capacidade externa dos Estados.

As dúvidas que se haviam gerado sobre a natureza de tais competências foram tão só esclarecidas através do Parecer nº 2/91<sup>267</sup> que o Tribunal de Justiça pronunciou na sequência de um pedido que lhe foi formulado pela Comissão, sobre a competência da Comunidade para concluir uma convenção celebrada no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa à protecção dos trabalhadores contra os efeitos nocivos resultantes da utilização de produtos químicos no local de trabalho. Com efeito, esta decisão parece corresponder, no plano das relações externas, a uma tendência que contemporaneamente se verificou em outras dimensões do direito comunitário, em que o Tribunal como que retomou a linha activista que havia caracterizado a jurisprudência proferida durante o período

---

<sup>267</sup>TJCE, 19 de Março de 1993, *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CEE*, Recueil 1993, Parecer 2/91, p. 1-1064. Relativo à Convenção nº 170 da OIT, adoptada em 25 de Junho de 1990.



de afirmação e consolidação do sistema jurídico da Comunidade.

### 3.1. o Parecer 2/91

Muito embora a Comunidade não fosse membro da OIT<sup>268</sup>, a Comissão entendia que ela disporia de competência exclusiva para concluir a dita convenção, na medida em que o domínio a que esta se referia, a protecção dos trabalhadores, estaria substancialmente abrangido por diversas directivas adoptadas quer na base do artigo 118ª-A do Tratado, quer também dos seus artigos 100ª e 100ª-A<sup>269</sup>. Por seu turno, o Conselho, considerava que se trataria de uma competência conjunta da Comunidade e dos Estados, tendo em conta que a política social continuava a relevar, a título principal, da jurisdição destes últimos - não constituindo uma política comum para efeitos de aplicação da jurisprudência AETR - bem como no facto de o artigo 118ª-A prescrever o carácter mínimo das disposições adoptadas no seu âmbito, permitindo expressamente aos Estados estipular medidas de protecção reforçada das condições de trabalho<sup>270</sup>.

Na sua decisão, o Tribunal de Justiça afirmou que o carácter exclusivo das competências da Comunidade não decorreria apenas das disposições do Tratado, podendo ainda depender do alcance das medidas tomadas pelas instituições comunitárias em sua aplicação, e que sejam de natureza a 'privar' os Estados-membros de uma competência que estes anteriormente pudessem exercer a título transitório<sup>271</sup>. De

---

<sup>268</sup> A OIT é uma instituição especializada da Organização das Nações Unidas cuja actividade se concentra na melhoria das condições de trabalho e na promoção da justiça social. Podem pertencer à OIT todos os Estados membros da ONU. A Comunidade Europeia, enquanto organização internacional, não é membro da OIT. Dispõe, porém, do estatuto de observador.

<sup>269</sup> Recueil 1993, p. I-1072.

<sup>270</sup> Recueil 1993, p. I-1073.

<sup>271</sup> Recueil 1993, p. I-1077, ponto nº 9. Quando por via do direito derivado os Estados-membros forem afastados do exercício das competências que normalmente exerciam em determinadas áreas deparamos com o fenómeno que Lenaerts classifica de competências comunitárias exclusivas por exercício, Cfr. Lenaerts, K., Van Ypersele, P., Le

seguida, o Tribunal precisa que esta privação de competências dos Estados não se pode limitar aos casos em que a Comunidade tenha emanado regras comunitárias no quadro de uma política comum - como sugeriam alguns governos nacionais nas suas observações - mas que se estende a todos os domínios que correspondam aos objectivos do Tratado<sup>272</sup>, em virtude do seu artigo 5º impor aos Estados o dever de facilitar o cumprimento da missão da Comunidade, e de se absterem de todas as medidas susceptíveis de fazerem perigar a realização dos objectivos do Tratado<sup>273</sup>. Resolvendo, assim, as ambiguidades subsistentes desde o Parecer 1/76, ao declarar o efeito preemptivo das competências externas implícitas que a Comunidade exerça com o escopo da realização de um objectivo que lhe haja sido prescrito pelo Tratado<sup>274</sup>.

O Tribunal justifica ainda esta preclusão das competências nacionais com o argumento de que a missão da Comunidade e as finalidades do Tratado seriam postos em causa se os Estados-membros pudessem concluir acordos internacionais que contivessem regras susceptíveis de afectar as disposições adoptadas em domínios que não relevassem das políticas comuns ou que pudessem alterar o seu conteúdo<sup>275</sup>. No fundo, o Tribunal repete uma sua velha formulação

---

*Principe de Subsidiarité et son Contexte: Etude de l'Article 3 B du Traité CE, op. cit., p. 20.*

<sup>272</sup> Recueil 1993, p. I-1077, ponto nº 10.

<sup>273</sup> Como se sabe, os objectivos do Tratado vêm enunciados no seu artigo 2º de um modo muito genérico, sendo complementados através da enumeração do artigo 3º que estabelece os meios para a realização de tais finalidades os quais, por seu turno, vêm seguidamente explicitados ao longo de todo o articulado do Tratado. Pretender, ainda que de forma condicional, que os Estados-membros possam ser despojados do exercício das suas competências em todos os domínios que vêm citados ao longo do Tratado, os quais no fundo dão corpo aos objectivos deste mesmo Tratado, significa inibir os Estados de largas áreas relacionadas com o seu âmbito de actuação tradicional e em relação às quais estes dificilmente hipotizariam ficar desprovidos da possibilidade de intervenção normativa autónoma em virtude da sua condição de membros da Comunidade Europeia.

<sup>274</sup> Emiliou, N., *Towards a clearer demarcation line? The division of external relations power between the Community and Member States*, *European Law Review*, 1994, p. 85. Também, Neuwahl, N.A., *Case Law - Opinion 2/91*, *Common Market Law Review*, 1993, p. 1192.

<sup>275</sup> Recueil 1993, p. I-1077, ponto nº 11.

daquilo a que alguns politólogos designam como a 'teoria da ruína'<sup>276</sup>, ou seja, se não se der absoluta prevalência ao interesse da Comunidade faz-se perigar todas as bases do edifício normativo comunitário. O que não deixa de ser uma justificação algo redutora, pois, se a mesma seria inoponível na fase inicial de afirmação do direito comunitário enquanto ordenamento jurídico autónomo em busca do reconhecimento da sua supremacia em relação aos direitos nacionais - por parte das autoridades judiciárias máximas dos Estados - no momento da adopção deste Parecer, quando a ordem jurídica comunitária se encontrava plenamente consolidada nos seus elementos fundamentais, um tal argumento fundado numa simples lógica dicotómica parece demasiado estreito para abarcar a complexidade de interesses que o sistema comunitário desenvolveu. Na verdade, a dimensão que atingiu o universo das competências comunitárias exigia que o Tribunal de Justiça encontrasse uma maior flexibilidade na resolução das situações que configurassem conflitos potenciais de competências entre os dois níveis de ordens jurídicas em presença.

Portanto, esta decisão mantém uma perspectiva precária de todo o leque de competências que os Estados-membros exercem, no plano externo, no conjunto de matérias abrangidas pelos objectivos do Tratado, na medida em que o Tribunal se lhes refere como competências que os Estados podem exercer a título transitório. Ou seja, o Tribunal de Justiça nesta sua elaboração conceptual sobre a natureza das competências comunitárias reforça a ideia de que a Comunidade através do exercício progressivo das competências que lhe foram atribuídas, necessariamente, eliminará a margem de manobra até aí consentida aos Estados no plano das suas relações externas, na medida em que ela própria ocupará o respectivo domínio. No fundo, uma tal situação corresponde inteiramente à visão tradicional do fenómeno da preempção das competências nacionais. Uma

---

<sup>276</sup> Burley, A.-M., Mattli, W., *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, op. cit., pags. 45-46.

perspectiva que assenta numa dimensão centralizadora das competências comunitárias porque não consegue encontrar mecanismos que permitam a sua compatibilização com a permanência das competências estaduais<sup>277</sup>.

#### 4. O Tratado de Maastricht e as relações externas

Aquando da revisão do Tratado de Roma operada pelo processo que conheceu o seu momento final em Maastricht, através da adopção do Tratado que instituiu a União Europeia, as questões que vimos tratando ao longo deste capítulo dedicado às relações externas da Comunidade não puderam deixar de constituir um importante objecto de discussão<sup>278</sup>. Na verdade, nos contributos que submeteu à conferência inter-governamental encarregue das negociações, a Comissão propôs, por um lado, o aprofundamento da política comercial no sentido do estabelecimento de uma política económica externa comum, a qual era definida em termos bastante amplos, englobando para além dos aspectos associados a uma noção tradicional de comércio externo, medidas que relevavam de uma dimensão moderna do comércio internacional, como sejam, os serviços, a propriedade intelectual e a regulação das questões relativas ao investimento, estabelecimento e concorrência<sup>279</sup>. As

---

<sup>277</sup> Sobre a natureza da competência comunitária no caso concreto, o Tribunal recusou que se pudesse considerar a competência da Comunidade como exclusiva em virtude das medidas comunitárias relativas à protecção das condições de trabalho haverem sido adoptadas com base no artigo 118º A, o qual refere o carácter mínimo das prescrições adoptadas em sua aplicação, como no artigo 100º do Tratado, o qual, por sua vez, não pode fundar uma competência exclusiva da Comunidade. Cfr. Recueil 1993, p. I-1078, pontos nº 18-21.

<sup>278</sup> Dehousse, F., Ghemar, K., *Le traité de Maastricht et les relations extérieures de la Communauté européenne*, European Journal of International Law, 1995, p. 151.

<sup>279</sup> Cfr. proposta apresentada à conferência inter-governamental pela Comissão, Artigo Y 17, nº 1, (ii), in Corbett, R. *The Treaty of Maastricht - From Conception to Ratification: A Comprehensive Reference Guide*, Longman Current Affairs, Essex, 1993, p. 221; cfr. também Maresceau, M., "The Concept 'Common Commercial Policy' and the Difficult Road to Maastricht", in *The European Community's Commercial*

competências da União para celebrar acordos internacionais nos domínios abrangidos pela política económica externa comum seriam de considerar como tendo natureza exclusiva<sup>280</sup>. Por outro lado, a Comissão propôs a consolidação constitucional da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à afirmação das competências externas implícitas da Comunidade<sup>281</sup>, nos termos em que estas haviam sido desenvolvidas desde o acórdão proferido no caso *AETR*.

Por seu turno, a Presidência luxemburguesa do Conselho das Comunidades Europeias - que desenvolveu uma importante função mediadora e coordenadora das negociações que conduziram ao texto de Maastricht - no projecto de Tratado da União que apresentou, previa também a inclusão dos serviços<sup>282</sup> no conceito de política comercial comum<sup>283</sup>. Contudo, a versão final aprovada pelos governos nacionais signatários do Tratado da União Europeia não só não introduziu qualquer alteração substancial ao conteúdo da noção de política comercial constante do artigo 113º, como, também, não refere a natureza exclusiva das competências que a Comunidade exerce em sede de relações externas, como, ainda, não consagrou em termos constitucionais - à semelhança do ocorrido em outras matérias como os direitos fundamentais e a legitimidade processual do Parlamento Europeu no quadro do recurso de anulação - as contribuições

---

*Policy after 1992: The Legal Dimension*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 6-10.

<sup>280</sup> Cfr. proposta apresentada à conferência inter-governamental pela Comissão, Artigo Y 17, nº 2, in Corbett, R. op. cit., p. 221. Ver também Doutriaux, Y., *Le Traité Sur L'Union Européenne*, Armand Colin Éditeur, Paris, 1992, p. 130.

<sup>281</sup> Artigo Y 19, nº 1, in Corbett, R., *The Treaty of Maastricht - From Conception to Ratification: A Comprehensive Reference Guide*, op. cit., p. 221.

<sup>282</sup> No chamado "Non-paper" da presidência luxemburguesa, de 12-4-1991, os serviços eram referidos de par com as mercadorias na referência ao alcance da política comercial comum definida pelo artigo 113º, cfr. Corbett, R. op. cit., p. 270. No projecto de Tratado sobre a União apresentado pela mesma presidência, de 18-6-1991, introduzia-se no texto do artigo 113º uma distinção específica para os os serviços, no âmbito da política comum, ao exigir-se o requisito do voto por unanimidade, *idem*, p. 302.

<sup>283</sup> Cfr. Flaesch-Mougin, C., *Le Traité de Maastricht et les Compétences Externes de la Communauté Européenne: à la recherche d'une politique externe de l'union*, Cahiers de Droit Européen, 1993, p. 368-69.

jurisprudenciais desenvolvidas pelo Tribunal de Justiça sobre as competências implícitas da Comunidade no âmbito das relações externas.

Temos, assim, que o poder constituinte comunitário manifestou de forma clara o seu distanciamento político-normativo relativamente ao entendimento que prevalecia nas decisões do Tribunal de Justiça sobre o alcance das competências da Comunidade Europeia em matéria de relações externas. Em face de uma tal expressão de intenções sobre a delimitação de competências entre os dois polos principais do esforço de integração, coloca-se a questão de saber quais os reflexos que o processo de revisão constitucional terá provocado na orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça, a qual favorecia, nos termos em que analisámos, um entendimento amplo e exclusivo das competências comunitárias. Ou seja, será que a não consagração constitucional das disposições que alargavam o alcance do *treaty-making power* da Comunidade, e que haviam sido discutidas na conferência inter-governamental, terá como consequência que o Tribunal coloque um travão no desenvolvimento da sua jurisprudência de pendor pró-integracionista? Esta será uma questão que discutiremos adiante a propósito dos efeitos do Parecer 1/94<sup>284</sup>.

#### *4.1. a conclusão do ciclo negocial do Uruguai Round*

Em paralelo com o processo relativo à adopção do Tratado que instituiu a União Europeia, decorreram as negociações comerciais multilaterais do chamado ciclo do Uruguai Round, que haviam sido iniciadas no seguimento da declaração ministerial de Punta del Este, em Setembro de 1986. Estas

---

<sup>284</sup> Marc Maresceau considerava que a não inclusão no Tratado da União Europeia de tais preceitos relativos ao *treaty-making power* da Comunidade não deveria constituir fundamento para uma mudança na orientação da jurisprudência do Tribunal de Justiça ou mesmo para um bloqueio do seu desenvolvimento. Cfr. Maresceau, M., "The Concept 'Common Commercial Policy' and the Difficult Road to Maastricht", *op. cit.*, p. 17.

negociações económicas - porventura as mais complexas de toda a História, na expressão do Conselho - realizadas no quadro do Acordo GATT relativo à liberalização do comércio internacional, foram concluídas em Dezembro de 1993 através da aprovação da Acta Final pelo Comité de negociações comerciais, que compreendia o conjunto de resultados alcançados no seu decurso. A assinatura formal dos acordos<sup>285</sup> resultantes do ciclo do Uruguai Round teve lugar em Marrakech, em Abril de 1994, em cuja cerimónia foram submetidos à assinatura das partes contratantes a referida Acta Final, o Acordo que instituiu a Organização Mundial de Comércio (OMC) - que visa a constituição de um quadro institucional comum para o acompanhamento das relações comerciais internacionais - e os diversos acordos que lhe foram anexados, entre os quais se destacam os Acordos multilaterais sobre o comércio de mercadorias, o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS) e o Acordo sobre o Comércio de Aspectos Relativos aos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPs).

Os serviços vêm previstos no Tratado de Roma como uma das quatro liberdades fundamentais para a construção do mercado interno. São, portanto, considerados como uma área de actuação prioritária da Comunidade. O Tratado de Roma de 1957 encarava ainda os serviços enquanto uma realidade económica cuja operatividade estaria dependente da deslocação de pessoas. Donde, a razão por que o artigo 66º do Tratado remete o regime jurídico dos serviços, a título subsidiário, para a regulação do direito de estabelecimento, enquanto modo autónomo de exercício da

---

<sup>285</sup> Nos termos de uma deliberação do Conselho de 7 e 8 de Março de 1994, foi decidido passar mandato ao Presidente em exercício do Conselho e a um membro da Comissão para que assinassem, em 15 de Abril de 1994 em Marrakech, a Acta Final e o Acordo que instituiu a OMC em nome do Conselho da União Europeia. Porém, e na medida em que os referidos actos continham aspectos que relevavam da competência dos Estados, estes deveriam também participar na assinatura dos respectivos acordos. Por seu turno, a Comissão fez inscrever na acta desta reunião uma declaração em que considerava que os acordos em causa relevavam da competência exclusiva da Comunidade.

liberdade de circulação de pessoas<sup>286</sup>. Como se sabe, diferentemente da livre circulação de mercadorias, que se ocupa dos aspectos internos e externos dos fluxos de bens, a liberdade de circulação de pessoas e a livre prestação de serviços são reguladas pelo Tratado de Roma de um modo fundamentalmente interno.

Porém, e em virtude das profundas inovações tecnológicas em curso, o comércio internacional de serviços realiza-se crescentemente de modo independente em relação ao tradicional movimento de pessoas. Refira-se, aliás, que nas economias das sociedades pós-industriais os serviços tendem a ocupar um lugar predominante, com uma importância relativa superior à da produção de mercadorias. Na verdade, os países desenvolvidos concentram cada vez mais as suas economias no chamado sector terciário, transformando-se em grandes exportadores de serviços.

Assim, e para além do debate constitucional relativo à inclusão dos serviços no âmbito da política comercial, temos que a Comunidade se deveria considerar competente nas suas relações externas no domínio do comércio de serviços, em virtude da aplicação do chamado princípio do paralelismo das competências comunitárias<sup>287</sup>, que se traduz, como vimos, numa atribuição implícita de competência externa nos domínios abrangidos por uma atribuição explícita de competência interna à Comunidade.

Relativamente aos direitos de propriedade intelectual, estes eram tradicionalmente concebidos como direitos exclusivos que operavam nos limites do território onde havia sido solicitada a respectiva protecção. Donde, a sua invocação poder resultar num obstáculo à circulação livre de produtos. O artigo 36º do Tratado de Roma refere-se-lhes, aliás, como sendo um dos motivos legítimos

---

<sup>286</sup> Cfr. o nosso trabalho, *A Livre Circulação de Pessoas na Europa Comunitária - alargamento jurisprudencial do conceito*, Editorial Fragmentos, Lisboa, 1990, p. 16.

<sup>287</sup> Mengozzi, P., "Trade in Services and Commercial Policy", *op. cit.*, p. 227.



susceptíveis de justificar eventuais entraves nacionais ao comércio intra-comunitário de bens. Porém, o aumento da componente tecnológica no processo produtivo e os custos que ela representa no preço final desses bens, deslocaram o discurso sobre os direitos de propriedade intelectual de uma perspectiva inicial de protecção dos mercados nacionais dos efeitos resultantes das importações, para uma outra com um alcance bem mais amplo, assente na necessidade de protecção, nos mercados de exportação, do comércio dos produtos de alta incorporação tecnológica. Donde, a importância da integração dos direitos de propriedade intelectual - para as grandes potências que dominam a tecnologia industrial - nas negociações sobre a liberalização do comércio mundial<sup>288</sup>.

Ao nível comunitário, a propriedade intelectual é uma matéria abrangida pela reserva de competências que o artigo 36º do Tratado de Roma opera em favor dos Estados. Ainda que o contexto desta disposição releve claramente de uma concepção tradicional dos direitos de propriedade intelectual, uma estratégia que diríamos defensiva e seja anterior à mudança funcional, numa direcção que apelidaríamos de ofensiva, de que estes direitos foram objecto. Se, na moderna aceção em que os direitos de propriedade intelectual são tratados no âmbito dos TRIPS resulta claro que estes são entendidos como um instrumento de regulação do comércio internacional e, portanto, subsumíveis dentro da noção ampla de política comercial comum que o Tribunal havia declarado no citado *Parecer 1/78*, um tal entendimento criaria uma situação que Govaere<sup>289</sup> refere como paradoxal, na medida em que determinaria a competência exclusiva da Comunidade no plano externo contraposta à competência interna que os Estados possuem por via do artigo 36º. Por outro lado, é duvidoso que a invocação do princípio do paralelismo possa

---

<sup>288</sup> Govaere, I., "Intellectual Property Protection and Commercial Policy", in Maresceau, M. (edited by), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p. 199-200.

<sup>289</sup> Idem, p. 205-209.

constituir um argumento válido em favor da competência externa da Comunidade em matéria de direitos de propriedade intelectual, dado o escasso progresso normativo que o direito comunitário conheceu neste âmbito.

#### 4.2. o Parecer 1/94<sup>290</sup>

Definido o contexto em que se situava o problema da divisão de competências entre a Comunidade e os Estados para a assinatura do Acordo que instituiu a OMC e os vários acordos anexos, e atenta a importância que estes revestem enquanto instrumentos principais de regulação do comércio internacional, é fácil deduzir que este foi um terreno fértil para testar o alcance da exclusividade de competências comunitárias no quadro das relações externas. A oportunidade para tanto surgiu no seguimento do diferendo institucional verificado a propósito da exclusividade de competências da Comunidade, tendo a Comissão demandado o parecer do Tribunal de Justiça nos termos do procedimento previsto pelo artigo 228º do Tratado. A questão de fundo sobre que o Tribunal se deveria pronunciar residia, assim, na exclusividade da competência comunitária, quer na base do artigo 113º do Tratado, quer na teoria das competências implícitas externas para a assinatura dos acordos relativos aos serviços (GATS) e aos direitos de propriedade intelectual (TRIPs)<sup>291</sup>.

---

<sup>290</sup> TJCE, 15 de Novembro de 1994, *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE*, Parecer 1/94, Recueil 1994, p. I-5267.

<sup>291</sup> De um ponto de vista substancial, levantavam-se ainda pequenas questões relativas aos Acordos multilaterais sobre o comércio de mercadorias, muito embora existisse um largo consenso sobre o facto de, na sua maioria, estes serem abrangidos pela competência exclusiva que a Comunidade detém ao abrigo do artigo 113º. Essas dúvidas eram relativas aos produtos que relevavam dos Tratados Euratom e CECA, ao Acordo sobre a agricultura e ao Acordo sobre os obstáculos técnicos ao comércio. O Tribunal considerou que a Comunidade tinha competência exclusiva, em virtude do artigo 113º, para concluir todos estes aspectos abrangidos pelos Acordos multilaterais relativos ao comércio de mercadorias. Cfr. Recueil 1994, p. I-5395-99, pontos nº 22 a 34.

#### 4.2.1. o alcance do artigo 113º

Relativamente ao GATS, a Comissão mantinha uma interpretação maximalista defendendo que os serviços seriam de considerar como relevando da noção ampla de política comercial enunciada no citado *Parecer 1/78*. Não obstante o sucedido nas negociações que conduziram à adopção do Tratado de Maastricht. O Tribunal de Justiça, muito embora tenha constatado a importância que assumiam os serviços nas economias modernas e a tendência para submetê-los a um regime idêntico ao aplicável ao comércio de bens - motivo por que considera que não se podem excluir liminarmente do âmbito do artigo 113º - afirmou que seria necessário atentar nas diferentes realidades abrangidas pelo comércio de serviços no quadro do GATS. Na verdade, este acordo prevê quatro modos distintos de fornecimento de serviços: as prestações internacionais de serviços para as quais não é exigida a deslocação de pessoas; e três modalidades de fornecimentos de serviços que envolvem a deslocação de pessoas, a saber, o consumo de serviços pelo destinatário no estrangeiro, a presença comercial no estrangeiro do prestador de serviços através de filiais ou sucursais, e a presença de pessoas singulares no estrangeiro.

Quanto à modalidade de prestação de serviços sem deslocação de pessoas, sem dúvida a que apresenta maior potencial de expansão em virtude das transformações tecnológicas em curso, o Tribunal declarou que tratando-se de uma situação idêntica àquela que se verifica com os fluxos internacionais de mercadorias nenhum motivo haveria para as excluir do âmbito de aplicação da política comercial comum<sup>292</sup>. No tocante às outras três modalidades que envolvem a deslocação de pessoas entre o território do prestador e o do destinatário dos serviços, o Tribunal entendeu que, na medida em que o tratamento da livre circulação de pessoas - singulares ou colectivas - é objecto de regulação específica no Tratado, em capítulos que lhes são

---

<sup>292</sup> Recueil 1994, p. I-5401, ponto nº 44.

directamente consagrados, não se poderiam incluir tais modalidades de fornecimento de serviços no campo de aplicação do artigo 113<sup>o</sup><sup>293</sup>.

No tocante ao TRIPs, o Tribunal apresentou três ordens de argumentos para rejeitar as pretensões da Comissão de o considerar como sendo uma área de competência exclusiva da Comunidade, nos termos do artigo 113<sup>o</sup><sup>294</sup>. O primeiro argumento respeitava ao objecto específico de protecção dos direitos de propriedade intelectual, tendo o Tribunal declarado que - apoiando-se numa perspectiva tradicional sobre a função destes direitos - o seu objecto específico não eram as trocas comerciais internacionais mas, sim, a cura de interesses exclusivos do seu titular, os quais relevam principalmente de situações de comércio interno<sup>295</sup>. Um segundo argumento incidiu sobre os efeitos de carácter processual: na medida em que a finalidade primordial do TRIPs era a harmonização e reforço da protecção da propriedade intelectual à escala mundial, o Tribunal considerou que se se reconhecesse a competência exclusiva da Comunidade, isso permitiria que as instituições comunitárias se subtraíssem às exigências distintas - em termos de participação do Parlamento Europeu e de modo de voto - seguidas nas situações de harmonização interna<sup>296</sup>. O terceiro tipo de argumento referia-se à prática existente na ordem jurídica comunitária de inserir, em alguns acordos comerciais com países terceiros, cláusulas acessórias

---

<sup>293</sup> Recueil 1994, p. I-5402, ponto n° 47.

<sup>294</sup> O único aspecto do TRIPs que o Tribunal julgou abrangido pelo artigo 113<sup>o</sup> foram as suas disposições relativas à repressão da circulação de mercadorias objecto de contrafacção, quer em virtude da existência de um regulamento comunitário sobre esta matéria, adoptado com base no artigo 113<sup>o</sup>, quer pelo facto de se tratarem de medidas tomadas nas fronteiras externas da Comunidade. Cfr. ponto n° 55 do Parecer do Tribunal.

<sup>295</sup> Recueil 1994, p. I-5405, ponto n° 57.

<sup>296</sup> Na verdade, a competência que a Comunidade pode dipor em matéria de propriedade intelectual no seu plano interno advém-lhe dos artigos 100<sup>o</sup> e 100<sup>o</sup>-A, e nalguns casos do artigo 235<sup>o</sup> (como sucedeu com o chamado regulamento sobre a marca comunitária). Estas disposições obrigam tanto ao voto por unanimidade (artigos 100<sup>o</sup> e 235<sup>o</sup>), como a modos de participação do Parlamento Europeu diferentes daqueles previstos pelo procedimento estabelecido no artigo 113<sup>o</sup>. Cfr. pontos n° 59-60 do Parecer do Tribunal.

relativas à protecção da propriedade intelectual, a qual em seu entender, não bastaria para justificar que a Comunidade detivesse uma competência exclusiva nesta matéria<sup>297</sup>.

#### *4.2.2. as competências implícitas externas da CE*

Afastada a possibilidade de conferir ao artigo 113º do Tratado uma interpretação suficientemente lata, de modo a incluir no seu campo de aplicação os serviços e os direitos de propriedade intelectual, restava apreciar a tese que a Comissão apresentou subsidiariamente, que fundava a exclusividade de competências da Comunidade num dos pilares fundamentais da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matérias de relações externas: a teoria das competências implícitas.

Como se referiu, a propósito do acórdão AETR, a Comunidade teria competência exclusiva no âmbito das relações externas nos domínios em que a respectiva competência interna resultasse das disposições do Tratado. Neste Parecer o Tribunal, apoiando-se numa surpreendente interpretação restritiva dos capítulos do Tratado relativos ao direito de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços, afirma que nenhuma das suas disposições permite atribuir competências à Comunidade em sede de relações internacionais, confinando deste modo o campo de aplicação destes preceitos às situações puramente comunitárias<sup>298</sup>. E reduzindo de forma clara o âmbito do paralelismo entre as competências internas e internacionais da Comunidade, decorrente da jurisprudência daquele acórdão.

Uma segunda hipótese de competências implícitas na jurisprudência afirmada do Tribunal de Justiça correspondia às situações em que a Comunidade tivesse adoptado actos de

---

<sup>297</sup> Recueil 1994, p. I-5408, ponto nº 68.

<sup>298</sup> Relativamente aos serviços de transporte, o Tribunal afirma ainda que a competência exclusiva da Comunidade se adquiriria apenas e quando as regras comuns esgotassem todo o respectivo terreno normativo. Cfr. ponto nº 77 do Parecer.

direito derivado no plano interno. Confrontado com este argumento, a propósito do esforço de harmonização realizado em certas áreas abrangidas pelo TRIPs, o Tribunal refere o carácter incompleto de tal harmonização legislativa, pelo que o mesmo não pode fundar uma competência exclusiva da Comunidade. No entanto, e na linha da sua jurisprudência relativa ao artigo 36º, deixa entender a contrario que, na medida em que uma tal harmonização se venha a realizar, ela determinará a preempção das respectivas competências nacionais<sup>299</sup>.

Relativamente à hipótese, mais ousada, que a jurisprudência do *Parecer 1/76* havia afirmado, e que fundava uma competência externa implícita nas situações em que a participação da Comunidade num acordo internacional se revelasse necessária para a realização de um objectivo inscrito no Tratado, o Tribunal declarou, a propósito do GATS, que não estando a realização do direito de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços dos nacionais dos Estados-membros indissociavelmente ligada ao tratamento a conferir aos nacionais de países terceiros que se encontrem na Comunidade ou aos comunitários que se encontrem em países terceiros, não haveria lugar a considerar realizado o critério da necessidade<sup>300</sup>. No fundo, a exigência de necessidade aparece temperada pela ideia de proporcionalidade aplicada à justificação da exclusividade comunitária<sup>301</sup>. O que se afigura, se tal se confirmar, como um desenvolvimento interessante da sua jurisprudência.

#### 4.3. 'judicial self-restraint'

Temos, assim, que o elemento marcante que resulta do *Parecer 1/94* é a enorme prudência com que o Tribunal conduz

---

<sup>299</sup> Recueil 1994, p. I-5417, pontos nº 99 a 104.

<sup>300</sup> Recueil 1994, p. I-5413, pontos nº 84-6.

<sup>301</sup> Cfr. Bourgeois, J.H.J., *L'avis de la Cour de justice des Communautés européenne à propos de l'Uruguay Round: un avis mitigé*, *Revue du Marché Unique européen*, 4-1994, p. 18.

a fundamentação jurídica da sua decisão num terreno que, como referimos, foi objecto de disputa por parte do poder constituinte. Neste processo discutia-se, sobretudo, o alcance e a natureza das competências que a Comunidade detém no plano das suas relações externas. Mas tal discussão funcionava, na prática, como uma espécie de 'apelo' relativamente a uma outra que a havia precedido e que se tinha ocupado, no essencial, do mesmo tipo de questões. Referimo-nos às negociações que precederam as alterações constitucionais realizadas através da aprovação do Tratado de Maastricht. Como se viu, naquela sede a Comissão não conseguiu ver adoptadas as propostas que apresentou sobre este domínio. Pretendeu, assim, através do pedido de parecer que solicitou ao Tribunal, deslocar o debate sobre a divisão de competências em matéria das relações externas do plano político-constitucional para o nível jurídico-constitucional.

É sabido como o Tribunal de Justiça, no âmbito da sua esfera de jurisdição, é competente para decidir sobre a interpretação das disposições do Tratado que determinam a atribuição de competências feita pelos Estados em benefício da Comunidade. E, quando desempenha uma tal função, actua enquanto Tribunal Constitucional encarregue de resolver os conflitos de competências que surjam entre as dois polos principais de poder no sistema comunitário, a saber, a Comunidade e os Estados<sup>302</sup>.

O problema de fundo que se colocava ao Tribunal consistia no facto da Comissão pretender fazer vingar, através da adjudicação constitucional de um conflito de competências que ela havia suscitado, uma perspectiva que tinha sido recusada no processo de revisão constitucional do sistema comunitário, de que resultou o Tratado que instituiu a União Europeia.

---

<sup>302</sup> Cfr. Lenaerts, K., *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, *Common Market Law Review*, 1991, p. 32.

O Tribunal de Justiça, por seu turno, foi confrontado com uma situação em que se lhe pedia que, através da aplicação do chamado *acquis communautaire* em matéria de relações externas<sup>303</sup> - o qual resulta principalmente do contributo jurisdicional acumulado ao longo de duas décadas e meia - superasse os efeitos indesejáveis causados pela consagração de uma perspectiva restritiva das competências comunitárias neste domínio. Ou seja, a Comissão solicitava que o Tribunal retomassem a linha do chamado *judicial activism*, proferindo uma jurisprudência que favorecesse uma interpretação capaz de suprir as insuficiências demonstradas pelo poder político-constitucional. Pelo que a Comissão reportava todo o acervo argumentativo que se poderia extrair da doutrina do Tribunal desde o acórdão pronunciado no caso *AETR*.

Em alternativa à estratégia da Comissão, o Tribunal poderia, como de facto sucedeu, adoptar uma atitude cauta, prudente<sup>304</sup>, atenta não apenas à proximidade temporal com que o assunto em causa foi discutido no plano constitucional, mas também a visibilidade acrescida a que a instituição jurisdicional passou a estar exposta no seguimento dos debates relativos à ratificação do Tratado de Maastricht, atitude essa que consistiria numa recusa da resolução dos problemas jurídico-constitucionais, de fundo, que se lhe deparavam. Ou seja, uma atitude chamada de *judicial self-restraint*. O Tribunal demarcava-se da resolução do problema relativo ao limite das competências que a Comunidade possuía no quadro das suas relações externas<sup>305</sup>. Esse era um problema político. As suas decisões não teriam mais que reflectir aquilo que o Juiz Pierre Pescatore definia como *une certaine idée de l'Europe*. Ao

---

<sup>303</sup> Sobre a consideração da jurisprudência do acórdão *AETR* como parte integrante do *acquis communautaire*, ver Pescatore, P., *External Relations in the Case-law of the Court of Justice of the European Communities*, op. cit., p. 617.

<sup>304</sup> Cfr. Louis, J.-V., *Editorial - Les relations extérieures de l'Union européenne: unité ou complémentarité*, *Revue du Marché Unique européen*, 4-1994, p. 8.

<sup>305</sup> Hilf, M., *The ECJ's Opinion 1/94 on the WTO - No Surprise, but Wise?* -, *European Journal of International Law*, 1995, p. 258.



Tribunal competiria tão só pronunciar-se sobre a interpretação autêntica das disposições jurídicas que estabeleçam aquelas competências, remetendo a resolução das questões políticas para a respectiva sede.

#### *4.3.1. realismo político*

Ao declarar que a Comunidade detém uma competência partilhada com os Estados - repropondo uma expressão utilizada no Parecer 2/91 - para concluir os acordos relativos aos serviços e aos direitos de propriedade intelectual, o Tribunal deu mostra de um grande realismo na avaliação das consequências que a sua tomada de posição provocaria. Na verdade, se a fase activista da jurisprudência relativa às relações externas, compreendida fundamentalmente durante a década de setenta, foi recebida sem grande contestação por parte dos seus mais directos destinatários - instituições comunitárias, órgãos políticos e jurisdicionais dos Estados, comunidade académica - outro tanto não sucederia no caso em que o Tribunal tivesse escolhido dar satisfação às posições maximalistas que a Comissão lhe colocava.

Com efeito, se o Tribunal tivesse seguido o rumo proposto pela argumentação da Comissão correria um sério risco de despoletar reacções profundamente críticas à sua actuação, por parte dos governos nacionais, dos órgãos jurisdicionais máximos dos Estados, de sectores do mundo académico e, sobretudo, da opinião pública, a qual parece ter despertado para a questão da integração europeia na sequência dos debates sobre a ratificação do Tratado da União. Sendo as relações externas dos Estados uma área de competências particularmente sensível, porque toca nos limites do conceito metajurídico de soberania nacional, a declaração da preempção das competências dos Estados, por via

judicial, provocaria, por certo, uma onda de contestação à sua actividade<sup>306</sup>.

Estando o Tribunal de Justiça, no momento actual, particularmente exposto às críticas provenientes de sectores que defendem uma perspectiva redutora do processo de integração, o dilatar de uma tal contestação à sua actividade traria à colacção, em consequência, o problema da legitimidade da sua jurisprudência, ou melhor, do eventual conteúdo pró-integracionista da sua orientação. Ora, como se sabe, o provocar de um debate sobre a legitimidade da orientação de um órgão jurisdicional com as características do Tribunal de Justiça podia ser profundamente lesivo da autoridade que este possui para o exercício das suas funções de garante da legalidade comunitária. Donde, em nosso entender, o realismo político que transparece no Parecer 1/94<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> Na verdade, a contestação que esta decisão gerou provém, sobretudo, dos sectores que desde sempre têm suportado uma perspectiva pró-integracionista da orientação do Tribunal. Nesta linha se entendem os comentários de Jacques Bourgeois, que refere a decepção provocada pelo Parecer 1/94 pelo facto deste ter travado o alargamento da noção de política comercial comum sem, por outro lado, se ter preocupado em compensar uma tal travagem através do recurso à teoria dos poderes implícitos, cfr. *L'avis de la Cour de justice des Communautés européennes à propos de l'Uruguay Round: un avis mitigé*, op. cit. p. 21-24. Ou o editorial de Jean-Victor Louis que classifica a análise do Tribunal como hábil, mas desconcertante, considerando que ela enuncia os fundamentos teóricos do declínio da competência exclusiva, com o advento de uma concepção que tende a considerar as relações externas da Comunidade como complementares das competências nacionais, op. cit. p. 7-8. Na mesma linha, *Editorial Comments - The aftermath of Opinion 1/94 or how to ensure unity of representation for joint competences*, *Common Market Law Review*, 1995, p. 385-86.

<sup>307</sup> Idêntica atitude de prudência na definição do alcance das competências externas comunitárias resulta do Parecer 2/92, onde o Tribunal se pronunciou sobre a base jurídica e a natureza das competências da Comunidade para participar no acordo relativo ao tratamento nacional ("terceira decisão"), concluído no âmbito da OCDE. O Tribunal de Justiça recusou as pretensões do Estado belga, secundado pela Comissão, de ver afirmada a competência exclusiva da Comunidade nesta matéria com base no artigo 113º do Tratado ou, subsidiariamente, na teoria das competências implícitas, cfr. TJCE, 24 de Março de 1995, *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, second alinéa, du traité CEE*, *Recueil* 1995, p. I-525, pontos nº 28 e 35.

## 5. Apreciação

As relações externas da Comunidade reflectem, porventura mais do que em qualquer outro dos seus domínios de intervenção, as principais fases, com as suas ideias e tendências dominantes, que atravessam a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Na verdade, vimos como ao longo dos anos setenta o Tribunal desenvolve a partir do acórdão AETR uma orientação activista da função judicial que o levará a afirmar de modo amplo as competências externas da Comunidade, nomeadamente através do recurso a uma formulação ousada da teoria dos competências implícitas, bem como da preempção das correspondentes prerrogativas nacionais. A esta fase de afirmação do conjunto de princípios fundamentais que regulam as competências externas da Comunidade, segue-se um período em que o Tribunal, dotado de um notável pragmatismo, esboça formulações que procuram combinar a consistência do acervo jurisprudencial com a resolução de situações em que o peso dos interesses nacionais se tende a sobrepôr à exclusividade da competência da Comunidade.

No início da década de noventa, quando através do Parecer 2/91 se configurava o advento de um novo período de activismo da função jurisdicional, deparamos com uma espécie de volte-face da orientação da jurisprudência em matéria de relações externas provocada pela decisão relativa à OMC. Neste último Parecer, o Tribunal desliga-se do método de interpretação teleológico e extensivo que havia sustentado a formulação ampla das competências externas da Comunidade na década de setenta, para se ater a uma interpretação de sentido tendencialmente restritivo, quando não mesmo minimalista<sup>308</sup>, do conteúdo das disposições do Tratado. Em resultado de uma tal interpretação, o Tribunal não opera a preempção das competências paralelas

---

<sup>308</sup> Bourgeois, J.H.J., *The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: an Echter Nach Procession*, Common Market Law Review, 1995, p. 786.

dos Estados. Donde, a importância que a hermenêutica jurídica assume enquanto instrumento essencial para a definição do alcance preemptivo da jurisprudência proferida pelo Tribunal.

Porém, e apesar de uma tal inflexão de atitude, o Parecer 1/94 não afecta de modo algum os princípios constitucionais básicos relativos às relações externas da Comunidade que haviam sido afirmados pela jurisprudência do Tribunal. Não se abandona, por exemplo, a teoria das competências implícitas, bem como também não se refere que a Comunidade perca a exclusividade de atribuições no plano internacional. Ou seja, não se trata de uma revisão da jurisprudência, mas apenas de uma forte restrição da interpretação das disposições atinentes ao seu conteúdo. Pelo que, o Parecer 1/94, atento o contexto que presidiu à sua adopção, se nos afigura como expressão do que poderíamos designar como um 'recuo estratégico' do Tribunal na expectativa de uma eventual alteração de conjuntura.

## ***CONCLUSÕES***

1. The first part of the document is a list of the names of the persons who have been appointed to the various offices of the city of New York.

## Conclusões

1 - No sistema norte-americano, devido ao efeito conjugado de diversos factores, dos quais podemos salientar o incremento dos processos de industrialização e de urbanização, a participação nos dois conflitos bélicos mundiais, a grande depressão económica e o programa do New Deal, verificou-se uma importante alteração da perspectiva formalista da divisão de competências entre os Estados e o governo nacional, em que assentava a concepção longamente dominante do chamado federalismo dual. Na verdade, tais factores determinaram a necessidade de uma maior intervenção do governo central, com a consequente invasão de áreas de competências que até então lhe eram estranhas e a erosão do princípio das competências de atribuição constitucionalmente definido, máxima expressão da soberania estadual. Assim, a visão estratificada das competências dos poderes públicos no sistema federal foi progressivamente abandonada em favor de uma nova prática política que privilegiava a cooperação dos Estados com o poder federal no prosseguimento dos grandes objectivos que este último fixava para o globalidade do espaço nacional. Surgiu, assim, o conceito de federalismo cooperativo, o qual é empregue para descrever a nova realidade política norte-americana, baseada numa perspectiva funcional da divisão vertical de competências.

2 - No contexto de uma tal transformação operada na natureza do ordenamento federal, a figura da preempção revela-se um instrumento fundamental para a compreensão da evolução do sistema de divisão vertical de competências entre o governo nacional e os Estados. Não sendo o único instrumento a que o sistema recorre para resolver os

conflitos que se manifestem entre os dois níveis de ordenamentos jurídicos, ela é uma figura que permite, sem dúvida, perceber quais os valores e os interesses em causa na regulação de aspectos particulares do sistema jurídico federal. Com efeito, o aumento das atribuições do poder federal, e o consequente nível de exaustividade verificado na regulação jurídica de determinadas áreas de intervenção deste, poderão conduzir a uma ocupação desse mesmo terreno normativo por parte do governo nacional e, nessa medida, provocar a preclusão das prerrogativas legislativas dos Estados. Este fenómeno de preempção das atribuições estaduais, se e quando legitimamente declarado, é susceptível de se produzir independentemente de qualquer presunção de reserva de competência dos Estados, nos termos em que esta poderia resultar do disposto no *Tenth Amendment*. Na verdade, a *Supreme Court* considerou que aquela disposição constitucional não impedia que o Congresso afastasse as disposições estaduais que colidissem com o conteúdo dos actos normativos nacionais.

Sendo a preempção um importante instrumento de análise da evolução do sistema federal de divisão de competências, natural será que através dela se possam também observar as tensões existentes no interior do próprio sistema. Tensões que têm que ver, desde logo, com o princípio da separação de poderes, e com o problema do alcance do poder judicial no confronto do poder legislativo e do limite do activismo judicial na construção do efeito preemptivo das normas federais. Tensões que se reflectem na aplicação do efeito preemptivo por parte das agências regulatórias e que vêm suscitar, de forma acrescida, problemas profundos relativos à natureza destas entidades e à legitimidade da sua intervenção preemptiva em face do ordenamento de entidades formalmente soberanas como os Estados. Tensões relativas à perspectiva que se tenha do modelo de divisão de competências entre os Estados e o poder central, ou seja, a perspectiva do sistema federal, e que se reflecte de modo concreto na forma como é administrado o grau de permissividade do direito federal para com as normas



provenientes das ordens jurídicas estaduais. Tensões, por fim, que decorrem das próprias variantes inerentes ao sistema político e que introduzem alterações no equilíbrio de competências estabelecido consoante as épocas, as ideologias dominantes, as forças políticas vencedoras, as mutações na composição dos membros da *Supreme Court* ou as teorias económicas vigentes relativas à política de despesa pública do governo central, com os consequentes reflexos desta no alcance dos programas de *welfare* por aquele suportados.

3 - Em termos estritamente jurídicos, o grande interesse da figura da preempção reside nas suas modalidades de aplicação. Ou seja, se não restam dúvidas quanto à sua existência enquanto categoria formal do ordenamento norte-americano, bem como à ideia fundamental que lhe subjaz, já os seus modos de aplicação configuram uma variedade de situações e de premissas doutrinárias que podem tornar mais complexo o entendimento deste conceito. Na verdade, em redor da figura da preempção a *Supreme Court* construiu uma vasta jurisprudência que visa, sobretudo, inferir qual teria sido a vontade do Congresso nesta matéria, se este órgão tivesse querido regular expressamente a questão das relações com o direito estadual. Ora, tais construções jurisprudenciais em redor da figura da preempção não são, por seu turno, isentas de um conjunto de factores externos ao direito, os quais condicionam e determinam a imagem que se tenha do problema da repartição de competências entre os Estados e o governo nacional, ou seja, a perspectiva que se tenha do federalismo.

Assim, quando o poder judicial considera que um determinado acto jurídico federal ocupa o respectivo terreno normativo, de algum modo expressa, também, uma valoração da sua concepção das relações federais, privilegiando uma regulamentação uniformizadora por parte do poder central, com prejuízo da faculdade de os Estados poderem vir a adoptar regras jurídicas que complementem o conteúdo do

acto federal, reforçando os seus níveis de protecção, ou, adaptando-o à realização de outros objectivos por si enunciados. Portanto, a chamada *occupation of the field* determina, por natureza, a exclusão de uma competência regulatória estadual no domínio a que se refere o acto normativo nacional. E, neste sentido, contribui para a erosão gradual da soberania legislativa dos Estados.

Na modalidade de *conflict preemption*, encontramos dois tipos diversos de abordagem do fenómeno da preempção das competências dos Estados: *obstacle conflict* e *direct conflict*. Na primeira situação, o órgão jurisdicional declara o afastamento das prerrogativas normativas dos Estados, nos casos em que as disposições jurídicas emanadas pelo ordenamento destas entidades se colocarem como um impedimento à realização dos objectivos prosseguidos pelo acto federal. Trata-se, assim, de um critério de admissibilidade que depende da existência de um simples conflito indirecto entre as medidas adoptadas pelos dois ordenamentos. O problema inerente a esta técnica do conflito indirecto reside no modo de interpretação das disposições em confronto e, em particular, na determinação do alcance dos objectivos enunciados pelas normas federais, sendo certo que quanto mais lato fôr o alcance atribuído a estas últimas, mais difícil será para as regras estaduais poderem sobreviver a um escrutínio de conformidade.

Por outro lado, nas situações em que a doutrina da preempção fôr aplicada com base na técnica de *direct conflict*, o raciocínio jurídico utilizado para decidir do afastamento do direito estadual consiste numa análise da compatibilidade, em concreto, daquelas normas com as respectivas regras federais. Quando se verificar uma situação de incompatibilidade, por não ser possível dar cumprimento simultâneo ao conteúdo dos dois comandos, haverá lugar ao afastamento dos preceitos do direito estadual. Portanto, este tipo de abordagem do fenómeno da preempção tem um impacto menor na soberania legislativa dos Estados, na medida em que a metodologia que emprega se

limita, na prática, a uma análise do eventual conflito das normas emanadas pelos dois ordenamentos jurídicos. Se estas normas se revelarem como incompatíveis, preclui-se a aplicação das disposições do direito estadual, mas não se afasta por completo a possibilidade dos Estados poderem continuar a legislar dentro daquela área ou domínio de regulação particular, como sucederia quando se considera que o poder federal *occupied the field*. No fundo, nas situações de *direct conflict* aplica-se uma lógica jurídica fundada no primado da norma federal sobre os preceitos estaduais, reduzindo o impacto desta prevalência do direito nacional às situações que, no concreto, se revelem como incompatíveis com as disposições federais. Todavia, dessas situações não decorrem implicações reflexas sobre a capacidade de os Estados, em abstracto, poderem continuar a regular aquelas particulares áreas de actuação.

4 - A integração europeia, e em particular a Comunidade Europeia, é um processo que conheceu uma origem típica do direito internacional. Por este motivo, em matéria de atribuições a Comunidade Europeia seguiu o modelo clássico das organizações internacionais, tendo o princípio das competências de atribuição como critério director da sua intervenção normativa. Todavia, a génese internacionalista da Comunidade não impediu o advento de um conjunto de transformações no seu sistema jurídico, que provocaram o chamado fenómeno da constitucionalização do ordenamento comunitário. Os alicerces estruturais deste processo de constitucionalização são devidos, por um lado, à afirmação pelo Tribunal de Justiça dos princípios do efeito directo e do primado do direito comunitário sobre as ordens jurídicas nacionais e, por outro lado, aos desenvolvimentos verificados no mecanismo de controlo judicial de legalidade do sistema comunitário, em virtude da mutação funcional de que foi objecto o instrumento judicial do reenvio prejudicial previsto pelo artigo 177º do Tratado.

Para além desta vertente estrutural da constitucionalização do Tratado de Roma, verificou-se também uma dimensão material deste mesmo processo, a qual interessa fundamentalmente o tema da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros. Com efeito, a partir da década de setenta assistir-se-à a uma notável expansão das competências normativas de actuação da Comunidade Europeia. Este alargamento de competências é devido quer à interpretação extensiva e teleológica, operada pelo Tribunal de Justiça das disposições do direito comunitário, quer também, ao uso a que foi submetida a cláusula do artigo 235º do Tratado pelas instituições políticas da Comunidade. O efeito conjugado destes elementos que provocaram a expansão das competências da Comunidade conduzirá a um esbatecimento progressivo do critério que presidiu à alocação inicial das suas atribuições, e à ideia de que os Estados não dispunham de qualquer núcleo protegido de competências que pudessem invocar contra o alargamento da intervenção comunitária. É neste sentido que falamos de erosão do princípio das competências de atribuição.

Em termos políticos, a erosão do princípio normativo das competências de atribuição da Comunidade Europeia irá reflectir-se numa alteração da equação de competências prevista pelo Tratado. Assim, o sistema comunitário conhecerá, no período compreendido entre o início dos anos setenta e a aprovação do Acto Único Europeu, uma dinâmica contínua de mutação do equilíbrio de competências existente entre os Estados-membros e a Comunidade, permitindo que esta última realize um alargamento considerável da sua esfera material de actuação. Na medida em que as deslocções de competências entre aqueles dois níveis principais de poder do sistema comunitário se processaram de um modo unidireccional, ou seja, que foram sempre realizadas em favor do centro do sistema, e em consequente detrimento das suas unidades constituintes, pode-se considerar que o ordenamento comunitário foi caracterizado,

neste mesmo período, por uma forte tendência para a centralização das suas competências normativas.

5 - O efeito cumulativo de um longo período de erosão das competências de atribuição da Comunidade, de um rumo centralizador na alocação das competências comunitárias e da ruptura do equilíbrio fundacional em que assentava o sistema comunitário - em virtude das alterações institucionais que o Acto Único Europeu introduziu no controlo do processo de decisão por parte dos Estados-membros -, despertaram o interesse dos Estados pela temática da repartição vertical de competências, bem como pela necessidade de adoptarem mecanismos constitucionais que permitissem operar uma inversão de tendência. É neste contexto político que se explica a consagração, pelo Tratado de Maastricht, do princípio da subsidiariedade no ordenamento comunitário. Esta preocupação de encontrar um antídoto jurídico-constitucional para contrariar o fenómeno de centralização das competências comunitárias é confirmada também pelos termos estritos com que a subsidiariedade foi inscrita no corpo do Tratado, donde resulta o estabelecimento de uma presunção favorável ao exercício das competências nacionais.

A consagração da subsidiariedade como princípio director da repartição vertical de competências no ordenamento comunitário, o reconhecimento constitucional do alargamento dos domínios de intervenção da Comunidade Europeia, o incremento do interesse que a opinião pública dos Estados tem manifestado pelo processo de integração europeia, a maior atenção prestada pelas instâncias judiciais supremas dos Estados à divisão de competências entre a Comunidade e os Estados, bem como alguns sinais de uma alteração de atitude na abordagem desta problemática por parte do Tribunal de Justiça, permitem afirmar que se encerrou um ciclo de vida da Comunidade caracterizado pela expansão informal das suas competências, fomentado pela chamada

dinâmica do processo de integração, e prever uma situação de retorno ao princípio das competências de atribuição.

Assim sendo, teríamos que o sistema comunitário de competências teria sofrido desde a sua formação um desenvolvimento de tipo dialéctico, tendo as competências de atribuição sido a sua tese directora e, a dinâmica de integração, por antítese, desempenhado a função de mecanismo de desenvolvimento para além dos limites impostos por aquele princípio. Como síntese da actuação destes elementos de sentido oposto, teríamos um retorno da função originária das competências de atribuição, ainda que num quadro constitucional profundamente transformado em relação ao seu alcance inicial em virtude da actuação do referido elemento dinâmico.

6 - A ideia de fundo a que faz referência a figura da preempção, isto é, a preclusão das competências normativas nacionais em virtude da operatividade do direito comunitário, encontra também aplicação na ordem jurídica comunitária. Na verdade, e apesar do desconhecimento formal desta categoria jurídica por parte das principais fontes de direito do sistema comunitário - ou seja, o poder normativo e a jurisprudência do Tribunal de Justiça - a preempção é uma figura que tem sido objecto do interesse da doutrina jurídico-comunitária, a qual teve o mérito de identificar a sua operatividade material no âmbito da actividade de interpretação e de aplicação do direito desenvolvida pelo órgão jurisdicional comunitário.

Com efeito, na análise que realizámos da jurisprudência do Tribunal de Justiça tivemos oportunidade de demonstrar como esta instituição declara o afastamento das competências normativas dos Estados, em resultado da aplicação de normas provenientes do ordenamento jurídico comunitário. Em certas situações, como a política comercial comum e as medidas de conservação em matéria de recursos biológicos marítimos, o Tribunal infere a preclusão das competências normativas

nacionais do próprio conteúdo das disposições dos Tratados em que se faz a atribuição de competências à Comunidade Europeia. Nos demais casos que relevavam das relações externas comunitárias, das organizações comuns de mercado existentes no âmbito da política agrícola comum e da reserva de competências nacionais prevista no artigo 36º do Tratado de Roma, a preempção das competências dos Estados verificava-se em virtude da aplicação do direito derivado comunitário.

Assim, constatamos que no sistema comunitário a figura da preempção se apresenta sempre de modo implícito, ou seja, é uma categoria jurídica cuja aplicação resulta da actividade interpretativa do Tribunal de Justiça. A chamada preempção explícita, isto é, as situações em que o afastamento das competências dos Estados resultariam do conteúdo expresso dos actos jurídicos comunitários, não se verifica no ordenamento jurídico da Comunidade Europeia. Tal circunstância não será por certo indiferente ao facto de o poder de decisão no processo normativo comunitário ser inteiramente controlado pelos Estados, os quais, por princípio, tendem a recusar que dos termos dos actos jurídicos que adoptam, possa figurar uma qualquer expropriação das suas próprias prerrogativas normativas.

7 - Nos domínios de aplicação do direito comunitário considerados ao longo do nosso estudo, tivemos oportunidade de observar que a chamada ocupação do terreno normativo é a modalidade de preempção preferencialmente utilizada pelo Tribunal de Justiça. Na verdade, quer em relação à reserva de competências do artigo 36º do Tratado - onde o Tribunal considera que a adopção de medidas comunitárias de harmonização afasta a possibilidade dos Estados poderem continuar a invocar as competências que detinham em virtude deste artigo - quer em relação às organizações de mercado cuja respectiva regulamentação comunitária seja declarada como revestindo carácter exaustivo para o correspondente sector de actividade, quer, também, no âmbito das relações

externas onde se excluía que os Estados-membros pudessem realizar acordos internacionais nas matérias objecto de um regime comum, quer, ainda, no quadro das medidas de conservação dos recursos marítimos a jurisprudência do Tribunal de Justiça adopta uma abordagem do problema da preempção das competências nacionais, por efeito da aplicação do direito comunitário, onde predomina a modalidade de ocupação do terreno normativo.

Porém, devemos sublinhar que o uso preferencial de uma abordagem fundada na ocupação do terreno normativo não impediu que o Tribunal com alguma frequência adoptasse - como resulta da nossa análise da sua jurisprudência em matéria das organizações comuns de mercado - uma atitude de maior abertura em relação às disposições normativas nacionais. Idêntica tendência encontrámos também no âmbito da política comum de pescas. Nessas situações, o Tribunal parece considerar que as regras comunitárias não precluem de per se a iniciativa normativa dos Estados, preferindo antes confrontar as disposições provenientes do direito comunitário com as medidas emanadas a nível nacional, para de seguida se pronunciar sobre a faculdade que assiste aos Estados de adoptar um tal tipo de disposições. Pelo que se constata que o Tribunal de Justiça recorre também a uma metodologia preemptiva fundada na técnica do conflito, sendo que por vezes privilegia o emprego do chamado conflito directo de normas e, noutros casos, da modalidade que designámos como correspondendo ao conflito indirecto.

A tendência para o uso preponderante de uma perspectiva de ocupação do terreno normativo na interpretação das regras comunitárias poderia ser explicada através do contraste existente no interior do sistema comunitário entre a supranacionalidade que caracteriza o seu ordenamento jurídico e a intergovernamentalidade dominante no seu processo de decisão. Assim o Tribunal, para repôr o equilíbrio fundacional, resultante da situação algo paradoxal em que convivem os elementos político e normativo do sistema comunitário, poderia demonstrar uma maior



propensão para recorrer à ocupação do terreno normativo, justamente para compensar no plano jurídico a maior relutância que as instituições políticas evidenciam em declarar directa e explicitamente no texto dos actos comunitários a questão da preempção das competências dos Estados.

8 - Como dissémos, o recurso à figura da preempção das competências dos Estados por parte do Tribunal de Justiça é parte integrante de um fenómeno mais amplo que referimos como a constitucionalização do Tratado de Roma. Em matéria de repartição vertical de competências, a aludida constitucionalização do ordenamento comunitário materializou-se através de uma acentuada erosão do princípio das competências de atribuição da Comunidade Europeia.

É sabido como a erosão do princípio das competências de atribuição provocou um alargamento dos domínios de intervenção da Comunidade Europeia, gerando, por este motivo, uma dinâmica de crescimento e de centralização das competências comunitárias. Ora, de entre os instrumentos jurídicos que permitiram a ocorrência desta centralização de competências em favor da Comunidade, a preempção, entendida na sua modalidade de aplicação preferencial, desempenhou um papel de primeira grandeza. Na verdade, por via da chamada ocupação do terreno normativo a Comunidade desapropriou por completo os Estados-membros do exercício de competências que até então gravitavam - ainda que com intensidade variável - na sua esfera jurídica. Nestes termos, a preempção das competências nacionais estaria destinada a causar um dano irreversível no campo de actuação normativa dos Estados, impedindo-os de qualquer intervenção naqueles mesmos domínios. Por isso mesmo, esta modalidade de preempção é de considerar como uma categoria jurídica geradora de um claro impacto centralizador no sistema comunitário de repartição de competências.

9 - Considerando, por um lado, o contexto político-normativo que determinou a inscrição do princípio da subsidiariedade no ordenamento comunitário - o qual se caracterizava pela existência de um fluxo centralizador no mecanismo de repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros -, os termos da consagração deste princípio no texto da carta constitucional comunitária - que estabelecem a prioridade da actuação dos Estados no quadro das competências concorrentes - e, por outro lado, que a chamada ocupação do terreno normativo é um instrumento jurídico cuja respectiva utilização favorece a referida tendência para a centralização das competências comunitárias, bem como determina uma preferência pelo utilização da competência da Comunidade em detrimento daquela dos Estados-membros, afigura-se-nos óbvia a ilacção de que subsidiariedade e ocupação do terreno normativo representam duas ideias claramente antagónicas no sistema jurídico comunitário.

Na verdade, entre a ocupação do terreno normativo, entendida como a modalidade comum de aplicação da figura da preempção e a que mais se aproxima do conceito que lhe está associado, e a ideia de subsidiariedade, tal como esta resulta do Tratado da União Europeia, o único ponto de contacto identificável é o facto de que ambas relevam de uma mesma origem, isto é, da repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-membros. Para lá desta origem comum, subsidiariedade e ocupação do terreno normativo são conceitos que se inspiram no ordenamento comunitário por considerações diametralmente opostas e dificilmente conciliáveis, pelo que a consagração do princípio da subsidiariedade, como critério director da actuação das competências concorrentes comunitárias, determina que a ocupação do terreno normativo não deva continuar a beneficiar de uma utilização preferencial, enquanto abordagem das relações de tipo preemptivo que se estabeleçam entre os ordenamentos jurídicos nacionais e comunitário.

10 - Considerando que a chamada técnica do conflito directo é de entre as modalidades representadas pela doutrina da preempção aquela que menor impacto produz na esfera normativa dos Estados - na medida em que a preclusão das competências ocorre apenas nas situações em que se verifique um contraste funcional entre as normas provenientes dos ordenamentos nacionais e comunitário - e melhor tutela a preservação de uma situação caracterizada por uma partilha de competências regulatórias entre os principais actores do processo de integração, consideramos esta mesma modalidade preemptiva como sendo a mais conforme com os valores decorrentes da consagração do princípio da subsidiariedade pelo Tratado de Maastricht.

Na verdade, a subsidiariedade transporta consigo para o ordenamento comunitário a tutela da aceitação da diversidade regulatória, no respeito da pluralidade de tradições normativas dos diferentes Estados-membros da Comunidade. Por este motivo, o paradigma da homogenização de soluções normativas, quando não mesmo da uniformidade, que decorria do emprego da modalidade de ocupação do terreno, deve ser preterido em benefício de uma nova abordagem dos conflitos de competências, em que se privilegie uma maior competitividade regulatória entre as ordens jurídicas nacionais e comunitária e se conceda maior autonomia normativa às autoridades dos Estados-membros, nos domínios que relevem da competência conjunta com a Comunidade. Por seu turno, o esforço regulatório comunitário deverá assentar na adopção de um corpo comum de disposições que estabeleçam um parâmetro mínimo de protecção ao nível central, permitindo subsequentemente aos Estados a aprovação de medidas que enquadrem essa base comunitária com as exigências do seu território, bem como com os níveis de protecção demandados pelas respectivas sociedades.

A aplicabilidade desta abordagem preemptiva fundada no conflito directo dependeria da compatibilidade funcional entre o conteúdo das disposições emanadas pelos ordenamentos jurídicos nacionais e comunitário. Ou seja, aos Estados-membros seria reconhecida a faculdade de adoptar todos os providimentos normativos que entendessem oportunos, para além do disposto em sede de harmonização comunitária, desde que se verificasse ser possível dar cumprimento efectivo às exigências fixadas pelos dois níveis de regulação.

11 - Seria através da modalidade de conflito directo que se poderia evitar que o processo comunitário de harmonização de legislações determinasse, necessariamente, um esvaziamento gradual das competências reservadas aos Estados pelo artigo 36º do Tratado. Assim, e na medida que se considerasse que as medidas nacionais adoptadas numa área objecto de prévia harmonização ao nível da Comunidade, embora fixassem exigências diversas das estipuladas pelas normas comunitárias prosseguiam objectivos legítimos e enquadráveis num dos motivos enunciados pelo referido artigo 36º, não contrariando directamente nenhuma disposição da correspondente directiva comunitária - no sentido em que se provasse ser possível cumprir com as exigências resultantes de cada uma das regras em confronto - e, adicionalmente, que as medidas nacionais cumpriam os requisitos decorrentes do princípio da proporcionalidade, nos termos da jurisprudência a este respeito proferida pelo Tribunal de Justiça, não cremos que subsistissem razões para precluir os Estados da faculdade de adoptarem essas mesmas disposições normativas.

12 - Refira-se, aliás, que uma tal atitude de abertura em relação às normas emanadas pelos Estados pode ser identificada na jurisprudência relativa à adopção das chamadas medidas nacionais suplementares no âmbito da política de conservação dos recursos marítimos. Apesar da

conservação dos recursos biológicos dos mares ter sido declarada como uma área que releva da competência normativa exclusiva da Comunidade, o Tribunal de Justiça não contestou a validade dos actos jurídicos comunitários que permitiam aos Estados-membros adoptarem medidas internas que reforçavam a protecção das espécies marítimas, superando portanto as exigências estabelecidas pelas respectivas normas comunitárias, desde que a sua aplicação fosse limitada aos operadores que se encontrassem sob sua jurisdição.

13 - No que respeita às organizações de mercado existentes no âmbito da política agrícola, o elemento comum à jurisprudência analisada ao longo dos dois períodos em que dividimos o nosso estudo parece residir na dualidade de perspectivas com que o Tribunal aborda o relacionamento das normas provenientes dos ordenamentos nacionais e comunitário. Por um lado, temos uma abordagem baseada na ideia de ocupação do terreno normativo das regras comunitárias; por outro lado, uma atitude favorável ao convívio das normas relativas às organizações de mercado com as medidas nacionais emanadas no seu campo de aplicação, desde que estas últimas obedeçam a determinados requisitos. Em nossa opinião, o problema de fundo que esta dualidade suscita consiste em saber se, do ponto de vista dos valores que presidem à escolha de uma técnica jurídico-interpretativa em detrimento de uma outra será melhor favorecer um critério delimitador de competências assente na eventual exaustividade das normas comunitárias, que facilmente conduz à verificação de situações de ocupação do terreno normativo com as vantagens que se conhecem no plano da uniformização do direito aplicável e da segurança jurídica - um dos objectivos que todos os sistemas jurídicos perseguem - ou, se será preferível adoptar uma técnica interpretativa fundada na aceitação do concurso de normas provenientes de ordenamentos diversos, técnica esta que pressuporia uma verdadeira complementaridade entre os sistemas jurídicos comunitário e nacionais, permitindo

afastar as tensões centralizadoras que um modelo uniformizador determina e realizando a integração normativa das organizações de mercado através de um mecanismo que privilegie a compatibilidade de soluções regulatórias e assegure a tutela da pluralidade das tradições nacionais.

14 - Por fim, no domínio das relações externas da Comunidade podemos também encontrar na jurisprudência do Tribunal de Justiça uma certa mutação na análise do relacionamento que se estabelece entre os ordenamentos nacionais e comunitário. Na verdade, a partir do início dos anos setenta o Tribunal desenvolveu uma notável jurisprudência, com base na teoria das competências implícitas e na ocupação do terreno normativo, que permitiu uma ampla afirmação das atribuições externas da Comunidade. A esta fase de afirmação do conjunto de princípios fundamentais que regulavam as competências externas da Comunidade, seguiu-se um período em que o Tribunal, dotado de grande pragmatismo, esboçou formulações que procuravam combinar a consistência do acervo jurisprudencial com a resolução de situações onde o peso dos interesses nacionais tendia a sobrepor-se à exclusividade da competência comunitária.

Recentemente, e após um curto período em que o Tribunal parecia retomar a sua orientação inicial nesta matéria, assistimos a uma abordagem mais cautelosa da repartição vertical de competências. Assim, na decisão relativa ao acordo sobre a Organização Mundial de Comércio, o Tribunal parece renunciar à interpretação teleológica e extensiva das disposições do direito comunitário - que lhe havia permitido sustentar a sua ampla formulação das competências externas da Comunidade durante a década de setenta - para se limitar a uma abordagem de sentido tendencialmente restritivo, quando não mesmo minimalista, do conteúdo das disposições do Tratado, diluindo, deste modo, a ideia de se haver verificado a completa ocupação do terreno normativo pela Comunidade no domínio das suas relações externas.

## **BIBLIOGRAFIA**





## Bibliografia

- Amato, G., Bruno, F., *La Forma di Governo Italiana. Dalle Idee dei Partiti all'Assemblea Costituente*, Quaderni Costituzionali, 1981.
- *American State Papers*, Encyclopedia Britannica, Inc., Chicago, 1978.
- Antieau, C.J., *States' Rights Under Federal Constitutions*, Oceana Publications, Inc, New York, 1984.
- Barav, A., Philip, C., *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Presses Universitaires de France, Paris, 1993.
- Barav, A., "The Division of External Relations Power Between the European Economic Community and the Member States in the Case-law of the Court of Justice", in Timmermans, C.W.A., Völker, E.L.M. (ed.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Kluwer - The Netherlands, 1981.
- Barents, R., *The Agricultural Law of the EC - An Inquiry into the Administrative Law of the European Community in the Field of Agriculture*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1994.
- Bengoetxea, J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice - Towards a European Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- Betti, E., *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici (Teoria Generale e Dogmatica)*, Seconda Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1971.
- Bieber, R., *On the Mutual Completion of Overlapping Legal Systems: The Case of the European Communities and the National Legal Orders*, *European Law Review*, 1988.
- Bobbio, N., *Dalla struttura alla funzione - Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977.
- Bobbio, N., *Stato, governo, società - Frammenti di un dizionario politico*, seconda edizione, Einaudi, Torino, 1995.
- Borrajo Iniesta, I., *Federalismo y unidad económica - La cláusula de comercio de la Constitución de EE.UU.*, Instituto Nacional de Administracion Publica, Madrid, 1986.
- Bourgeois, J.H.J., *L'avis de la Cour de justice des Communautés européenne à propos de l'Uruguay Round: un avis mitigé*, *Revue du Marché Unique Européen*, 1994.
- Bourgeois, J.H.J., "Some Comments on the Practice", in Timmermans, C.W.A., Völker, E.L.M. (ed.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Kluwer - The Netherlands, 1981.
- Bourgeois, J.H.J., *The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: an Echterdach Procession*, *Common Market Law Review*, 1995.

- Bredimas, A., *Methods of Interpretation and Community Law*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1978.
- Bribosia, H., *Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres*, *Révue du Marché Unique Européen*, 1992.
- Burley, A.-M., Mattli, W., *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, International Organization, 1993.
- Burrows, F., "The Effects of the Main Cases of the Court of Justice in the Field of the External Competences on the Conduct of Member States", in Timmermans, C.W.A., Völker, E.L.M. (ed.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Kluwer - The Netherlands, 1981.
- Carreau, D., *Droit International*, Éditions A. Pedone, Paris, 4ème édition, 1994.
- Carter, B.E., Trimble, P.R., *International Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1991.
- Cass, D., Z., *The Word That Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community*, *Common Market Law Review*, 1992.
- Cassese, S., *La Costituzione Europea*, Quaderni Costituzionali, 1991.
- Churchill, R.R., *EEC Fisheries Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987.
- Cockborne, J.-E., Defalque, L., Durand, C.-F., Prahl, H., Vandersanden, G., *Commentaire Maigret - Le Droit de la CEE*, Vol. 1, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2ème édition, 1992.
- Cohen, W., "Congressional Power to Define State Power to Regulate Commerce: Consent and Pre-emption", in Sandalow, T. - Stein, E. (edited by), *Courts and Free Markets - Perspectives from the United States and Europe*, Volume II, Clarendon Press - Oxford, 1982.
- Constantinesco, V., *Compétences et Pouvoirs dans les Communautés Européennes - contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974.
- Constantinesco, V., Jacqué, J.-P., Kovar, R., Simon, D., *Traité instituant la CEE - Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992.
- Constantinesco, V., "La Répartition des Compétences entre l'Union et les États membres dans le projet de traité instituant l'Union européenne", in Bieber, R., Jacqué, J.-P., Weiler, J.H.H., *L'Europe de Demain. Une Union sans cesse plus étroite. Analyse critique du projet de traité instituant l'Union européenne*, Commission des Communautés européennes, Bruxelles, 1985.
- Corbett, R. *The Treaty of Maastricht - From Conception to Ratification: A Comprehensive Reference Guide*, Longman Current Affairs, Essex, 1993.

- Craig, P. P., *Once Upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, Oxford Journal of Legal Studies, 1992.
- Cross, E.J., *Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: a Framework for Analysis*, Common Market Law Review, 1992.
- Cruz Vilaça, J.L., Piçarra, N., *Y a-t-il des Limites Matérielles à la Révision des Traités Instituant les Communautés Européennes*, Cahiers de Droit Européen, 1993.
- Currie, D.P., *Federal Courts - Cases and Materials*, Fourth Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990.
- Curtin, D., *The Constitutional Structure of the Union: a Europe of Bits and Pieces*, Common Market Law Review, 1993.
- Daniele, L., *Il Diritto Materiale della Comunità Economica Europea - Introduzione allo studio delle libertà di circolazione e delle politiche comunitarie*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.
- De Fouloy, C., *Glossary of EC Terms and Acronyms*, Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., London, 1992.
- De Ruyt, J., *L'Acte Unique Européen - Commentaire*, 2ème édition, Institut d'Études européennes, Bruxelles, 1989.
- Dehousse, F., Ghemar, K., *Le traité de Maastricht et les relations extérieures de la Communauté européenne*, European Journal of International Law, 1995.
- Dehousse, R., "Community Competences: Are there Limits to Growth?", in Dehousse, R., (edited by) *Europe After Maastricht - An Ever Closer Union?*, Law Books in Europe, München, 1994.
- Dehousse, R., "Completing the Internal Market: Institutional Constraints and Challenges", in Bieber, R., Dehousse, R., Pinder, J., Weiler, J.H.H., (Eds.), 1992: *One European Market? A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.
- Dehousse, R., *La Cour de Justice des Communautés européennes*, Montchrestien, Paris, 1994.
- Dehousse, R., Majone, G., "The Institutional Dynamics of European Integration: From the Single Act to the Maastricht Treaty" in Martin, S., (edited by), *The Construction of Europe - Essays in Honour of Emile Noël*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994.
- Demaret, P., "Environmental Policy and Commercial Policy: The Emergence of Trade-Related Environmental Measures (TREMs) in the External Relations of the European Community", in Maresceau, M. (edited by), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.
- Díez-Picazo, L.-M., *Reflexiones sobre la Idea de Constitución Europea*, Revista de Instituciones Europeas, 1993.
- Díez-Picazo, L.-M., *Una constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1991.

- Díez-Picazo, L.-M., "La Comisión de las Comunidades Europeas" in García de Enterría, E., González Campos, J. D., Muñoz Machado, S., (Dirigido por), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio Sistemático desde el Derecho Español)*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1986.
- Domingues de Andrade, M. A., *Sentido e Valor da Jurisprudência*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1973.
- Doutriaux, Y., *Le Traité Sur L'Union Européenne*, Armand Colin Éditeur, Paris, 1992.
- Druesne, G., *Droit matériel et politiques de la Communauté européenne*, Presses Universitaires de France, 2ème édition, Paris, 1991.
- Duarte, M.L., *A Cidadania da União e a Responsabilidade dos Estados por Violação do Direito Comunitário*, Lex - Edições Jurídicas, Lisboa, 1994.
- Duchacek, I. V., *Comparative Federalism - The Territorial Dimension of Politics*, Lanham, New York, 1987.
- Dumbauld, E., *The Political Writings of Thomas Jefferson*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., Indianapolis, 1976.
- Dupuy, P.-M., *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2ème édition, 1993.
- Dye, T. R., Zeigler, L.H., *The Irony of Democracy - An Uncommon Introduction to American Politics*, 4th Edition, Duxbury Press, Massachusetts, 1978.
- Easson, A., *Legal Approaches to European Integration: The Role of Court and Legislator in the Completion of the European Common Market*, *Révue d'Intégration Européenne*, 1989.
- Edell, M.Z. e Walters, C.A., *The Doctrine of Implied Preemption in Products Liability Cases - Federalism in the Balance*, *Tennessee Law Review*, Vol. 54, 1987.
- Elazar, D. J., *American Federalism - A View From the States*, 3rd Edition, Harper & Row, Publishers, New York, 1984.
- Elazar, D.J., *Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, Longman Current Affairs, Essex, 1991.
- Emiliou, N., *Subsidiarity: An Effective Barrier Against "the Entreprises of Ambition"?*, *European Law Review*, 1992
- Emiliou, N., *Towards a clearer demarcation line? The division of external relations power between the Community and Member States*, *European Law Review*, 1994.
- Engdahl, D. E., *Constitutional Federalism*, 2nd Edition, West Publishing Co., Minnesota, 1987.
- Farnell, J., Elles, J., *In search of a Common Fisheries Policy*, Gower, Aldershot, 1984.

- Flaesch-Mougin, C., *Le Traité de Maastricht et les Compétences Externes de la Communauté Européenne: à la recherche d'une politique externe de l'union*, Cahiers de Droit Européen, 1993.
- Foote, S.B., *Administrative Preemption: An Experiment in Regulatory Federalism*, Virginia Law Review, Vol. 70: 1429, 1984.
- Freedman, J.O., *Crisis and legitimacy - The administrative process and American government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1978.
- García de Enterría, E., *El Proyecto de Constitución Europea*, Rivista di Diritto Europeo, 1994.
- Garron, R., *Le Marché Commun de la Pêche Maritime*, Collection de Droit Maritime et des Transports, n° VIII, Librairies Techniques, Paris, 1971.
- Gilmore, G., *Le grande epoca del diritto americano* (versão italiana do original, *The Ages of American Law*), Giuffrè Editore, Milano, 1991.
- Gingrich, N., *To Renew America*, Harper Collins Publishers, New York, 1995.
- Glendening, P.N., Reeves, M.M., *Pragmatic Federalism - An Intergovernmental View of American Government*, Palisades Publishers, California, 2nd Edition, 1984.
- Golembe, C. H. e Holland, D. S., *Federal Regulation of Banking*, Golembe Associates, Inc., Washington D.C., 1983-84.
- Gonçalves, M.E., *A Política Comum de Pesca da Comunidade Económica Europeia - Um exemplo de dinâmica comunitária no contexto internacional*, Moraes Editores, Lisboa, 1983.
- Goucha Soares, A., *A Livre Circulação de Pessoas na Europa Comunitária - alargamento jurisprudencial do conceito*, Editorial Fragmentos, Lisboa, 1990.
- Goucha Soares, A., Pureza, J.M., *Instituições Públicas e Comunitárias*, ISEGI, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 1993.
- Gould, Hay, Rosenfeld, *When State and Federal Law Collide: Preemption - Nightmare or Opportunity?*, Industrial Relations Law Journal, Vol. 9: 4, 1987.
- Govaere, I., "Intellectual Property Protection and Commercial Policy", in Maresceau, M. (edited by), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.
- Green, N., Hartley, T.C., Usher, J.A., *The Legal Foundations of the Single European Market*, Oxford University Press, 1991.
- Gregory, D., *The scope of ERISA preemption of State law: a study in effective federalism*, in University of Pittsburgh Law Review, Vol. 48: 427, 1987.
- Grodzins, M., *The American System - A New View of Government in the United States* (edited by Elazar, D.J.), Transaction Books, New Brunswick, New Jersey, 1984.

- Guégan, J., *Les Méthodes de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Tome I, Thèse, Centre de Documentation et de Recherche Européennes, Université de Rennes I, 1979.
- Guerra Martins, A.M., *O Artº 235º do Tratado da Comunidade Europeia - Cláusula de Alargamento das Competências dos Órgãos Comunitários*, Lex - Edições Jurídicas, Lisboa, 1995.
- Guillermin, G., *Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, *Journal du Droit International*, 1992.
- Gunther, G., *Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., Westbury, New York, 12th Edition, 1991.
- Haas, E.B., *The Uniting of Europe*, Stanford University Press, California, 1958.
- Haigh, N., "Direito Comunitário do Ambiente", em *Direito do Ambiente* (coordenação de D. Freitas do Amaral e M. Tavares de Almeida), INA, Oeiras, 1994.
- Hamilton, A., *The Federalist Papers*, in Fairfield, R. P., *The Federalist Papers*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2nd edition, 1981.
- Hartley, T. C., *Federalism, Courts and Legal Systems: The Emerging Constitution of the European Community*, *The American Journal of Comparative Law*, 1986.
- Hartley, T.C., *The Foundations of European Community Law*, 2nd Edition, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- Hay, P., Rotunda, R.D., *The United States Federal System*, in Mauro Cappelletti, *Studies in Comparative Law* (edited by), nº 22, Giuffrè Editore, Milano, 1982.
- Hilf, M., *The ECJ's Opinion 1/94 on the WTO - No Surprise, but Wise? -*, *European Journal of International Law*, 1995.
- Jacobs, F., Karst, K., "The 'Federal' Legal Order, The USA and Europe compared: A juridical perspective", in Cappelletti, M., Secombe, M., Weiler, J., *Integration Through Law*, Volume 1, Book 1, Walter de Gruyter, Berlin, 1986.
- Jennings, R., Watts, A., (edited by) *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9th edition, Longman, Essex, 1992.
- Joerges, C., "European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty", in Dehousse, R. (edited by), *Europe After Maastricht - An Ever Closer Union?*, Law Books in Europe, München, 1994.
- Kapteyn P.J.G., Verloren Van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 2nd Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1989.
- Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945.

- Kettl, D.F., *The Maturing of American Federalism*, in Golembiewski, R.T., Wildavsky, A. (edited by), *The Costs of Federalism*, Transaction Books, New Brunswick, New Jersey, 1984.
- Kovar, R., "Les compétences implicites: jurisprudence de la Cour et pratique communautaire" in Demaret, P., *Rérelations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Colloque 1986, Collège d'Europe n° 45, Story Scientia, Bruges.
- Lash, N. A., *Banking Laws and Regulations: An Economic Perspective*, Prentice-Hall, Inc. New Jersey, 1987.
- Lasok, D., Bridge, J.W., *Law and Institutions of the European Communities*, 5th Edition, Butterworths, London, 1991.
- Laursen, F., *L'Europe Bleue - La politique communautaire des ressources marines*, IGPS, Amsterdam, 1986.
- Lecourt, R., *L'Europe des Juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976.
- Lenaerts, K. "Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des États membres et la question de la 'preemption'", in P. Demaret (ed.), *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Colloque 1986, Collège d'Europe n° 45, Story Scientia.
- Lenaerts, K., *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, *The American Journal of Comparative Law*, 1990.
- Lenaerts, K., *Le Juge et la Constitution aux États-Unis D'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988.
- Lenaerts, K., *Regulating the regulatory process: "delegation of powers" in the European Community*, *European Law Review*, 1993.
- Lenaerts, K., *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, *Common Market Law Review*, 1991.
- Lenaerts, K., Van Ypersele, P., *Le Principe de Subsidiarité et son Contexte: Etude de l'Article 3 B du Traité CE*, *Cahiers de Droit Européen*, 1994,.
- López Escudero, M., *La Jurisprudencia Keck Y Mithouard: Una Revision del Concepto de Medida de Efecto Equivalente*, *Revista de Instituciones Europeas*, 1994.
- López Escudero, M., *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Universidad de Granada, Granada, 1991.
- Lord Mackenzie Stuart, *Problems of the European Community - Transatlantic Parallels*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1987.
- Louis, J.-V., *Editorial - Les relations extérieures de l'Union européenne: unité ou complémentarité*, *Revue du Marché Unique européen*, 1994.
- Louis, J.-V., *Editorial Comments - The aftermath of Opinion 1/94 or how to ensure unity of representation for joint competences*, *Common Market Law Review*, 1995.

- Louis, J.-V., *L'Union Économique et Monétaire*, Cahiers de Droit Européen, 1992.
- Louis, J.-V., *Quelques Réflexions sur la Répartition des Compétences entre la Communauté Européenne et ses États membres*, Revue d'Intégration Européenne, 1979.
- McCormick, N., *Beyond the Sovereign State*, The Modern Law Review, 1993.
- Machete, P., *Os Princípios de Articulação Interna de Ordenamentos Complexos no Direito Comparado*, O Direito, 1992.
- Madison, J., *The Federalist Papers*, in Fairfield, R. P., *The Federalist Papers*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2nd edition, 1981.
- Maier, H.G., *Preemption of State Law: A Recommended Analysis*, The American Journal of International Law, Vol: 83, 832, 1989.
- Majone, G., *Controlling Regulatory Bureaucracies: Lessons from the American Experience*, EUI Working Paper SPS N° 93/3, 1993.
- Majone, G., *Deregulation or Re-Regulation? Policymaking in the European Community Since the Single Act*, EUI Working Paper SPS N° 93/2, 1993.
- Mancini, F., Keeling, D.T., *Democracy and the European Court of Justice*, Modern Law Review, 1994.
- Mancini, F., *The Making of a Constitution for Europe*, Common Market Law Review, 1989.
- Marengo, G., *Pour une interprétation traditionnelle des mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative*, Cahiers de Droit Européen, 1984.
- Maresceau, M., *"The Concept 'Common Commercial Policy' and the Difficult Road to Maastricht"*, in *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.
- Marques Guedes, A., *Direito Internacional Público - Lições*, Faculdade de Direito de Lisboa, (policopiado), 1982.
- Mashaw, J.L., Harfst, D.L., *The Struggle for Auto Safety*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.
- Mattera, A., *De l'arrêt "Dassonville" à la L'arrêt "Keck": l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions*, Revue du Marché Unique Européen, 1994.
- Mattera, A., *Le marché unique européen - Ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, 2ème édition, Paris, 1990.
- Mengozzi, P., *Il Diritto Della Comunità Europea*, CEDAM, Padova, 1990.
- Mengozzi, P., *"Trade in Services and Commercial Policy"*, in Maresceau, M., (edited by), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.



- Moitinho de Almeida, J.C., *Direito Comunitário - A ordem jurídica comunitária, as liberdades fundamentais*, Centro de Publicações do Ministério da Justiça, Lisboa, 1985.
- Moitinho de Almeida, J.C., "La Protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", em Rodriguez Iglesias, G.C., Llan Noguera, D.J., *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- Moravcsik, A., *Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach*, Journal of Common Market Studies, 1993.
- Mortelmans, *Article 30 of the EEC Treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?*, Common Market Law Review, 1991.
- Mota de Campos, J., *Direito Comunitário*, Vol. I, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
- Moura Ramos, R.M., *Das Comunidades à União Europeia - Estudos de Direito Comunitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- Muñoz Machado, S., "Los Principios de Articulación de las Relaciones entre Derecho Comunitario y el Interno y las Garantías Jurisdiccionales para su Aplicación Efectiva" in García de Enterría, E., González Campos, J. D., Muñoz Machado, S., (Dirigido por), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio Sistemático desde el Derecho Español)*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1986.
- Neuwahl, N.A., *Case Law - Opinion 2/91*, Common Market Law Review, 1993.
- Note, *A Framework for Preemption Analysis*, The Yale Law Journal, Vol. 88: 363, 1978.
- Note, *Administrative Preemption in Consumer Banking Law*, Virginia Law Review, Vol. 73: 911, 1987.
- Note, *Federal Jurisdiction Over Declaratory Judgments Suits - Federal Preemption of State Law*, University of Illinois Law Review, Vol. 1, 1986.
- Note, *New Federalism and "Occupation of the Field": Failing to Maintain State Constitutional Protections Within a Preemption Framework*, Washington Law Review, Vol. 64: 721, 1989.
- Note, *Preemption and Regulatory Efficiency in Federal Energy Statutes*, Harvard Law Review, Vol. 103: 1306, 1990.
- Note, *Preemption in the Age of Local Regulatory Innovation: Fitting the Formula to a Different Kind of Conflict*, Texas Law Review, Vol 70: 1831, 1992.
- Note, *Rethinking 'Boyle v. United Technologies Corp.' Government Contractor Defense: Judicial Preemption of the Doctrine of Separation of Powers?*, The American University Law Review, Vol. 39: 391, 1990.

- Note, *Statutory Preemption of Federal Common Law: 'Milwaukee v. Illinois'*, *Washington University Journal of Urban Contemporary Law*, Vol. 24: 245, 1983.
- Note, *The Breadth of Complete Preemption: Limiting the Doctrine to Its Roots*, *Virginia Law Review*, Vol. 76: 1601, 1990.
- Note, *The Burger Court and Preemption Doctrine: Federalism in the Balance*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 60: 1233, 1985.
- Note, *The Preemption Doctrine: Shifting Perspectives on Federalism and the Burger Court*, *Columbia Law Review*, Vol. 75: 623, 1975.
- Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Reais*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- Oliver, P., *Free Movement of Goods in the E.E.C. under articles 30 to 36 of the Rome Treaty*, *European Law Centre Limited*, London, 2nd Edition, 1988.
- Olmi, G., *Politique Agricole Commune*, in *Commentaire Megret - Le Droit de la CEE*, Vol. 2, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2ème édition, 1991.
- Orban, E., *La Dynamique de la Centralisation dans l'État Fédéral: un processus irréversible?*, Québec/Amérique, Montréal, 1984.
- Pentland, C., "Political Theories of European Integration: Between Science and Ideology", in Lasok, D., Soldatos, P., *Les Communautés Européennes en Fonctionnement*, Bruylant, Bruxelles, 1981.
- Pescatore, P., "Contribution to the Discussion", in Timmermans, Völker, (eds.), *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Kluwer - The Netherlands, 1981.
- Pescatore, P., *External Relations in the Case-law of the Court of Justice of the European Communities*, *Common Market Law Review*, 1979.
- Pescatore, P., Foreword, in Sandalow, T., Stein, E., (edited by), *Courts and Free Markets - Perspectives from the United States and Europe*, Volume I, Clarendon Press - Oxford, 1982.
- Pescatore, P., *L'Exécutif Communautaire: Justification du quadripartisme institué par les Traités de Paris et de Rome*, *Cahiers de Droit Européen*, 1978.
- Pescatore, P., *L'Ordre Juridique des Communautés Européennes - Étude des sources de droit communautaire*, Presses Universitaires de Liège, Liège, 1975.
- Pescatore, P., "La carence du législateur communautaire et le devoir du juge", in Constantinesco, L.-J., *Rechtsvergleichung, Europarecht, Staatsintegration - Gedächtnisschrift*, Carl Heymanns Verlag, Cologne, 1983.
- Pescatore, P., *La répartition des compétences et des pouvoirs entre les États membres et les Communautés Européennes - Étude des rapports entre les Communautés et les États membres* (version française de l'article intitulé: "Distribucion de competencias y de poderes entre los Estados miembros y las Comunidades europeas. Estudio de las relaciones entre la Comunidades y los Estados miembros", dans "Derecho de la Integración", n°1, Instituto para la

- Integracion de la America Latina, Argentina, 1967, p. 108 - 152). policopiado.
- Peterson, M.D., "Thomas Jefferson, The Founders and Constitutional Change", in Barlow, J.J., Levy, L.W., Masugi, K. (edited by), *The American Founding - Essays on the Formation of the Constitution*, Greenwood Press, New York, 1998.
  - Pierce, R. J., *Regulation, Deregulation, Federalism, and Administrative Law: Agency Power to Preempt State Regulation*, University of Pittsburgh Law Review, Vol 46: 607, 1985.
  - Pitta e Cunha, P., *Integração Europeia - Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 1993.
  - Quadros, F., *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público - Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, Almedina, Lisboa, 1984.
  - Rasmussen, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice - A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986.
  - Raynaud, P., *Droit Civil - Les Biens*, 2ème édition, Éditions Sirey, Paris, 1980.
  - Redish, M.H., *Federal Jurisdiction: Tensions in the Allocation of Judicial Power*, The Bobbs-Merrill Company, Inc. Publishers, Indianapolis, 1980.
  - Reich, N., *Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, Common Market Law Review, 1992.
  - Reich, N., *The "November Revolution" of the European Court of Justice: 'Keck', 'Meng' and 'Audi' Revisited*, Common Market Law Review, 1994.
  - Reuter, P., *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, 1953.
  - Riker, W.H., *The Development of American Federalism*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1987.
  - Roemer, R., Mckray, G. (edited by), *Legal Aspects of Health Policy - Issues and Trends*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1980.
  - Rothschild, D.P., *A Proposed "Tonic" with 'Florida Lime' to Celebrate our New Federalism: How to Deal with the 'Headache' of Preemption*, University of Miami Law Review, Vol. 38: 829, 1984.
  - Rotunda, R.D., *The Doctrine of Conditional Preemption and Other Limitations on Tenth Amendment Restrictions*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 132: 289, 1984.
  - Rousseau, C., *Droit International Public - Tome II - Les sujets de droit*, Éditions Sirey, Paris, 1974.
  - Sandalow, T.- Stein, E., *"On The Two Systems: An Overview", in Courts and Free Markets - Perspectives from the United States and Europe*, Volume I, Clarendon Press - Oxford, 1982.

- Scheiber, H.N., "Federalism and the Constitution: The Original Understanding", in Friedman, L., Scheiber, H.N. (edited by), *American Law and the Constitutional Order - Historical Perspectives*, Harvard University Press, Massachusetts, 1978.
- Schwartz, B., *Administrative Law*, Second Edition, Little, Brown and Company, Boston, 1984,
- Schwartz, I.E., *Article 235 and Law-Making Powers in the European Community*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1978.
- Schwarze, J., *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 1992.
- Schwarze, J., *The Distribution of Legislative Powers and the Principle of Subsidiarity: the Case of Federal States*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1995.
- Sereni, A.P., *Diritto Internazionale - II - Organizzazione Internazionale*, (volume 2), Giuffrè Editore, Milano, 1960.
- Shapiro, M., "The European Court of Justice", in Sbragia, A. M. (Editor), *Euro-Politics - Institutions and Policymaking in the "New" European Community*, The Brookings Institution, Washington D.C., 1992.
- Shapiro, M., Tresolini, R.J., *American Constitutional Law*, Fifth Edition, Macmillan Publishing Co., Inc., New York, 1979.
- Shapiro, M., *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, The University of Georgia Press, Athens University of Georgia, 1988.
- Snyder, F., *Integrità e frontiere del diritto europeo: riflessioni sulla base della politica agricola comune*, EUI Working Paper LAW N° 94/6, Florence, 1994.
- Snyder, F., *New Directions in European Community Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1990.
- Snyder, F., "Soft Law and Institutional Practice in the European Community", in Martin, S. (editor), *The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994.
- Snyder, F.G., *Diritto agrario della Comunità Europea*, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- Soldatos, P., *Vers Une Sociologie de L'Intégration Communautaire Européenne - Essai de théorie générale systématique*, Vander Éditeur, Louvain, 1973.
- Stein, E., *On Divided-Power Systems: Adventures in Comparative Law, Legal Issues of European Integration*, 1983.
- Steiner, J., *Drawing the line: Uses and abuses of article 30 EEC*, *Common Market Law Review*, 1992.
- Steiner, J., *Textbook on EC Law*, 4th Edition, Blackstone Press Limited, London, 1994.
- Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, *Constitutional Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1986.

- Streit, M.E., Mussler, W., *The Economic Constitution of the EC - From "Rome" to "Maastricht"*, European Law Journal, 1995.
- Stuyck, J., *L'arrêt Keck et Mithouard et ses conséquences sur la libre circulation des marchandises*, Cahiers de Droit Européen, 1994.
- Sun, J.-M., Pelkmans, J., *Regulatory Competition in the Single Market*, Journal of Common Market Studies, 1995.
- Tabory, M., *Multilingualism in International Law and Institutions*, Sijthoff & Noordhoff, The Netherlands, 1980.
- Temple Lang, J., *European Community Constitutional Law: The Division of Powers Between the Community and the Member States*, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 39, 1988.
- Temple Lang, J., *The ERTA judgment and the Court's case-law on competence and conflict*, Yearbook of European Law, 1986.
- Temple Lang, J., *What Powers Should the European Community Have?*, European Public Law, 1995.
- Tizzano, A., *"As competências da Comunidade" in Trinta anos de Direito Comunitário*, Comissão das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 1981.
- Tizzano, A., *Lo Sviluppo delle Competenze Materiali delle Comunità Europee*, Rivista di Diritto Europeo, 1981.
- Toth, A.G., *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, Common Market Law Review, 1992.
- Tribe, L.H., *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 2nd edition, 1988.
- Tribe, L.H., *Constitutional Choices*, Harvard University Press, Massachusetts, 1985.
- Tugwell, R.G., *The Compromising of the Constitution (Early Departures)*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1971.
- Usher, J., *European Community Law and National Law - The Irreversible Transfer*, George Allen & Unwin, London, 1981.
- Usher, J.A., *Legal Aspects of Agriculture in the European Community*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- Van Empel, M., *The 1992 Programme: Interaction Between Legislator and Judiciary*, Legal Issues of European Integration, 1992.
- Varat, J.D., *"Economic Integration and Interregional Migration in the United States"*, in Tushnet, M. (edited by), *Comparative Constitutional Federalism - Europe and America*, Greenwood Press, New York, 1990.
- Vignes, D., *"Le Rapprochement des Legislations"*, em Calleja, D., Vignes, D., Wägenbaur, R., *Commentaire Megret - Le Droit de la CEE*, Vol. 5, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2ème édition, 1993.
- Waelbroeck, M., *Scope of Community pre-emption of matters covered by a common organization of the market*, European Law Review, 1977.

- Waelbroeck, M. "The Emergent Doctrine of Community Pre-emption - Consent and Re-delegation" in Sandalow, T., Stein, E., (edited by), *Courts and Free Markets - Perspectives from the United States and Europe*, Volume II, Clarendon Press - Oxford, 1982.
- Walker, D.B., *Toward a Functioning Federalism*, Winthrop Publishers, Inc., Cambridge, Massachusetts, 1981.
- Weatherill, S., "Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community" in O'Keefe, D., Twomey, P. M., *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing, London, 1994.
- Wechsler H., *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, Columbia Law Review, Vol. 54, 1954.
- Weiler, J.H.H., *A Quiet Revolution - The European Court of Justice and Its Interlocutors*, Comparative Political Studies, 1994.
- Weiler, J.H.H., *Il sistema comunitario europeo*, il Mulino, Bologna, 1985.
- Weiler, J.H.H., *Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, Journal of Common Market Studies, 1993.
- Weiler, J.H.H., *Problems of Legitimacy in Post 1992 Europe*, Aussenwirtschaft, 1991.
- Weiler, J.H.H., *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, Yearbook of European Law, 1981.
- Weiler, J.H.H., *The Transformation of Europe*, The Yale Law Journal, 1991.
- White, E., *In search of the Limits of Article 30 of the EEC Treaty*, Common Market Law Review, 1989.
- Wieacker, F., *Foundations of European Legal Culture*, The American Journal of Comparative Law, 1990.
- Wilton, T., *Federalism Issues in "No Airbag" Tort Claims: Preemption and Reciprocal Comity*, Notre Dame Law Review, Vol. 61: 1, 1986.
- Wincott, D., *Is the Treaty of Maastricht an Adequate 'Constitution' for the European Union?*, Public Administration, 1994.
- Wise, M., *The Common Fisheries Policy of the European Community*, Methuen, London, 1984.













